

## REVUE DE LA JURISPRUDENCE 1994-2019 EN DROIT DE LA FAMILLE : ENTRE CONSERVATISME ET AUDACE JUDICIAIRES

Alain Roy

Volume 122, Number 1, 2020

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE SOULIGNANT LE 25<sup>e</sup>  
ANNIVERSAIRE DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069939ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069939ar>

[See table of contents](#)

### Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

### ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

### Cite this article

Roy, A. (2020). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 1994-2019 EN DROIT DE LA  
FAMILLE : ENTRE CONSERVATISME ET AUDACE JUDICIAIRES. *Revue du  
notariat*, 122(1), 1–33. <https://doi.org/10.7202/1069939ar>

# REVUE DE LA JURISPRUDENCE 1994-2019 EN DROIT DE LA FAMILLE : ENTRE CONSERVATISME ET AUDACE JUDICIAIRES

Alain ROY\*

INTRODUCTION . . . . .	3
1. Le mariage . . . . .	5
1.1 La contestation constitutionnelle de l'union de fait : une saga nommée <i>Lola</i> . . . . .	6
1.2 La contestation constitutionnelle du mariage : une affaire <i>Lola</i> inversée. . . . .	7
1.3 Le patrimoine familial ou la redéfinition du mariage en termes d'association économique . . . . .	11
1.3.1 La transmissibilité du droit au partage . . . . .	11
1.3.2 Le remploi d'un bien possédé lors du mariage . . . . .	13
1.3.3 Le partage inégal . . . . .	16
2. La filiation et l'autorité parentale. . . . .	19
2.1 La maternité de substitution . . . . .	19

---

\* Not. E. Docteur en droit et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal ([www.alainroy.ca](http://www.alainroy.ca)). L'auteur remercie pour leurs précieux commentaires les personnes suivantes qui ont lu en tout ou en partie le présent texte: P<sup>re</sup> Johanne Clouet, M<sup>re</sup> Jocelyne Jarry, M<sup>re</sup> Christiane Lalonde, Ad. E., P<sup>r</sup> Louis-Philippe Lampron, P<sup>re</sup> Andréanne Malacket et M<sup>re</sup> Sylvie Schirm, Ad. E. Évidemment, les opinions exprimées dans le texte n'engagent que leur auteur.

2.2	Le châtimeut corporel . . . . .	23
2.3	Le partage de l'autorité parentale post-rupture. . . . .	28
	CONCLUSION . . . . .	31

## INTRODUCTION

Le *Code civil du Québec* souffle cette année ses 25 bougies. Un tel anniversaire se doit d'être souligné avec éclats, et pour cause. Dans toutes les sociétés de tradition latine, la codification du droit privé revêt une importance historique particulière, tant en raison de la charge identitaire qu'on y rattache que du déploiement des ressources qu'elle suppose. Entre la création de l'Office de révision du Code civil en 1955<sup>1</sup> et l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991<sup>2</sup>, on ne compte plus les comités et sous-comités d'experts qui ont travaillé d'arrache-pied pour adapter les vieux principes du *Code civil du Bas-Canada*<sup>3</sup> aux impératifs du Québec moderne.

Objet du présent article, le droit de la famille fait figure d'aîné parmi l'ensemble des livres du Code civil. Pressé par les changements sociaux qui ont littéralement transformé la cellule familiale au cours des années 60 et 70, le législateur n'a pas attendu la fin des travaux législatifs pour doter les familles québécoises de nouvelles assises juridiques. Sanctionnée le 19 décembre 1980, la loi 89<sup>4</sup> fit entrer le droit de la famille québécois dans l'ère moderne plusieurs années avant les autres matières. Consigné au livre deuxième du Code civil de 1994, le droit de la famille célèbre donc en 2019 son 40<sup>e</sup> anniversaire<sup>5</sup>, du moins pour l'essentiel des dispositions qui le composent. Au contraire de mes collègues qui s'intéresseront à l'évolution jurisprudentielle d'institutions juridiques auxquelles le Code civil de 1994 a donné naissance, les décisions des 25 dernières années que j'analyserai se rapportent donc à des règles et principes souvent plus anciens.

---

1. *Loi concernant la révision du Code civil*, S.Q. 1954-1955, c. 47.

2. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

3. *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, S.P.C. 1865, 29 Vict., c. 41, (1865).

4. Du nom du projet de loi qui y a donné lieu. Voir *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Voir Marcel GUY, « Un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 454, 470 et s.

5. Ou son 38<sup>e</sup> anniversaire si l'on prend plutôt comme points de repère les dates d'entrée en vigueur des Codes civils, soit 1994 et 1981 (la loi 89 étant entrée en vigueur en deux étapes, soit le 2 avril 1981 et le 1<sup>er</sup> décembre 1982). Voir Marcel GUY, « Un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 454, 470 et s.

Je me propose d'analyser ces décisions en suivant l'ordre des titres du livre deuxième. Dans la première partie, j'identifierai les grands arrêts portant sur le mariage, alors que je m'emploierai, dans la seconde, à cerner ceux qui concernent la filiation et l'autorité parentale qui s'y rattache. Je limiterai mon analyse aux seuls jugements dont la portée sociale et juridique est digne de mention, laissant de côté les décisions qui, bien qu'essentielles à la pratique du familialiste, soulèvent des questions de nature technique ou procédurale. J'exclurai également de l'analyse les jugements rendus en application de la *Loi sur le divorce*<sup>6</sup> ou de toute autre loi statutaire, qu'elle soit fédérale ou provinciale<sup>7</sup>.

S'agissant du mariage, j'aborderai l'incontournable arrêt *Lola*<sup>8</sup> dont les retombées sont encore aujourd'hui brûlantes d'actualité, tant aux plans politique que jurisprudentiel. J'en ferai d'ailleurs la démonstration en présentant le récent jugement de la Cour d'appel dans l'affaire du mariage religieux<sup>9</sup> qui, d'une certaine manière, en représente l'antithèse. Je conclurai la première partie en recensant les grandes décisions qui, au cours des dernières décennies, ont permis de circonscrire la portée du patrimoine familial, institution-phare par laquelle le législateur a, en 1989, « redéfini » le mariage en termes d'association économique<sup>10</sup>.

En ce qui a trait à la filiation, je m'attarderai à la question de la maternité de substitution que la Cour d'appel a tenté de baliser en se réclamant du meilleur intérêt de l'enfant<sup>11</sup>, mais en omettant d'assurer la protection de la mère porteuse elle-même<sup>12</sup>. Je ferai également état des grands arrêts de la Cour suprême qui permettent de délimiter le cadre de l'autorité parentale quant à l'usage de la force physique qui peut être employée à l'égard de l'enfant<sup>13</sup> et aux pouvoirs et prérogatives que le parent gardien peut opposer au parent non gardien après la séparation<sup>14</sup>.

6. L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

7. Exception faite de l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)* portant sur l'article 43 C.cr. Voir *infra*.

8. *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5.

9. *Droit de la famille – 191850*, 2019 QCCA 1484. Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême, 2019-11-12 (C.S. Can.) 38912.

10. *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.

11. *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162.

12. *Adoption – 162*, 2016 QCCA 16.

13. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4.

14. *D.(W.) c. A.(G.)*, [2003] R.J.Q. 1411 (C.A.).

## 1. Le mariage

Lors de la réforme de 1980, le législateur a décidé de réunir toutes les dispositions relatives au droit de famille au sein d'un même livre. Et c'est avec le mariage qu'il a choisi d'ouvrir ce nouveau livre.

Certains se sont sans doute mépris sur le sens et la portée de cet ordonnancement en imputant au législateur de l'époque la volonté de reconduire la suprématie dont l'institution matrimoniale bénéficiait depuis la codification de 1866. D'autres auront compris qu'il n'en était rien. Dans la perspective du législateur de 1980, le mariage ne représente plus le seul fondement de la famille, celle-ci pouvant désormais prendre forme à travers un droit de la filiation complètement affranchi du joug matrimonial. Au nom du principe d'égalité des filiations<sup>15</sup>, les enfants nés hors mariage pourront désormais prétendre aux mêmes droits et obligations que les autres. Incidemment, les conjoints non mariés – que le législateur désignait jusqu'alors sous le nom de « concubins » – pourront convenir d'ententes de vie commune sans craindre qu'un tribunal n'en juge le contenu contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>16</sup>.

En 2002, une nouvelle forme de conjugalité institutionnalisée fera son entrée dans le Code civil. Souhaitant répondre aux aspirations égalitaires des conjoints de même sexe, alors privés du droit de se marier en raison des limitations prévues au droit fédéral<sup>17</sup>, le législateur québécois se prévaudra de sa compétence en droit privé pour créer un cadre juridique parallèle au mariage, qu'il désignera sous le nom d'« union civile »<sup>18</sup>. Tous les couples, de même sexe ou de sexe opposé, pourront y adhérer afin de profiter des droits et obligations dont le statut matrimonial est traditionnellement assorti.

Dès lors, le droit de la famille québécois reconnaîtra trois formes de conjugalité : le mariage, l'union civile et l'union de fait. Basés sur l'expression d'un consentement formel, le mariage et l'union civile entraîneront l'application d'un régime juridique contraignant, dont le patrimoine familial demeure la pièce de résistance, au contraire de l'union de fait que le législateur se refusera d'encadrer au

---

15. Ce principe est aujourd'hui énoncé à l'article 522 C.c.Q.

16. Une telle conclusion s'infère de l'abrogation de l'ancien article 768 C.c.B.C.

17. *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, art. 5.

18. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, introduisant au Code civil les articles 521.1 à 521.19.

nom du libre choix et de l'autonomie de la volonté des principaux intéressés.

### **1.1 La contestation constitutionnelle de l'union de fait : une saga nommée Lola**

À l'ère des chartes et des droits individuels, toute distinction entre des situations comparables soulève la suspicion. Il était donc prévisible qu'un jour ou l'autre, un conjoint de fait insatisfait de son sort saisisse les tribunaux pour dénoncer l'« inégalité de traitement » que lui réserve apparemment le Code civil par rapport aux époux. L'étincelle se produisit en 2009 lorsqu'une conjointe de fait rencontra une avocate des plus combatives<sup>19</sup>. Invoquant discrimination au sens de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>20</sup>, celle que les médias ont baptisée « Lola » pour préserver son anonymat s'est battue jusqu'en Cour suprême pour obtenir le partage des actifs de son conjoint de fait, surnommé Éric, ainsi qu'une pension alimentaire et une prestation compensatoire.

La décision rendue par la Cour suprême en janvier 2013<sup>21</sup> est sans aucun doute l'une des plus divisées de son histoire. Il n'est pas opportun de détailler ici la position défendue par chacun des juges. Limitons-nous à rappeler l'essentiel : pour cinq juges sur neuf, l'absence de droits et d'obligations entre conjoints de fait constitue, à un degré ou à un autre, une distinction contraire à la Charte. Mais pour l'une de ces juges, en l'occurrence la juge en chef de l'époque Beverley McLachlin, une telle discrimination se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte, « [...] le régime législatif québécois se situant à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables pour maximiser le libre choix et l'autonomie [des conjoints] [...] »<sup>22</sup>. C'est donc *in extremis* que la dichotomie « mariage – union de fait » a passé le test de la constitutionnalité, la juge en chef ayant fait pencher la balance judiciaire du côté de la validité<sup>23</sup>.

---

19. M<sup>e</sup> Anne-France Goldwater.

20. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.U.)].

21. *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5. Note : l'auteur a agi à titre de témoin-expert pour le procureur général du Québec dans cette cause.

22. *Ibid.*, par. 439.

23. Pour une présentation détaillée de l'arrêt, voir Alain ROY, « Affaire Éric c. Lola : Une fin aux allures de commencement », (2013) 1 *C.P. du N.* 259.

Au-delà des subtilités que soulève cette décision fondamentale, une conclusion s'impose : on ne saurait déceler dans le régime législatif québécois une quelconque intention de l'État de hiérarchiser les statuts conjugaux. Ce n'est pas par dépit ou déconsidération sociale qu'on ne soumet pas les conjoints de fait à des obligations mutuelles, mais parce qu'on leur impute la volonté de demeurer en marge des mesures légales qui encadrent le mariage<sup>24</sup>. Âprement défendue par le Procureur général du Québec<sup>25</sup>, cette perspective aura finalement rallié la Cour suprême du Canada.

### **1.2 La contestation constitutionnelle du mariage : une affaire Lola inversée<sup>26</sup>**

Deux ans après l'arrêt *Lola*, voilà qu'un époux s'adresse à son tour aux tribunaux pour contester la constitutionnalité du droit de la famille québécois, cette fois dans son volet mariage. Fervent baptiste, monsieur prétend s'être marié avec sa conjointe dans l'unique but de recevoir le sacrement du mariage, sans pour autant vouloir se soumettre aux effets juridiques que le mariage entraîne sur le plan civil. Bien au contraire, avance-t-il, ces effets vont à l'encontre de la conception qu'entretient son couple des rapports pécuniaires familiaux. Or, puisqu'un mariage célébré à l'église par un ministre du culte compétent est inéluctablement doublé d'un mariage civil assorti d'effets juridiques auxquels les époux ne peuvent se soustraire, monsieur se dit victime d'une atteinte à sa liberté de croyance et d'une violation à ses droits à l'égalité<sup>27</sup>. À ses dires, les croyants comme lui sont privés d'une option offerte aux non-croyants, celle de pouvoir établir le cadre de leurs relations pécuniaires en profitant des valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle à l'aune desquelles le législateur québécois appréhende l'union de fait. Bref, selon monsieur, en attribuant des effets juridiques obligatoires au sacrement religieux qu'ils doivent recevoir pour vivre en couple et fonder une famille, le législateur québécois discriminerait les croyants.

---

24. Voir l'expertise que j'ai soumise à titre de témoin-expert sous le titre : *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonome du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*, Rapport d'expertise, ministère de la Justice du Québec – Procureur général du Québec, 2008, 79 pages, publiée à (2012) 1 C.P. du N. 235.

25. Il s'agissait, à l'époque, de M<sup>e</sup> Jean-Marc Fournier.

26. Note : l'auteur a agi à titre de consultant auprès de monsieur dans cette affaire.

27. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.U.)], art. 2(b) et 15(1).

En première instance, l'argument constitutionnel de monsieur a été complètement neutralisé par l'interprétation erronée qu'a retenue le tribunal des règles relatives à la célébration du mariage<sup>28</sup>. Selon la juge Christiane Alary, le droit québécois n'interdit nullement la célébration d'un mariage limité à sa seule dimension religieuse. Il suffisait donc à monsieur de demander au ministre du culte de ne pas déclarer son mariage au directeur de l'état civil. Faute d'avoir formulé cette demande, monsieur ne saurait maintenant se soustraire à la dimension civile du mariage à laquelle il est réputé avoir adhéré.

Soumise par la Procureure générale de l'époque, Me Stéphanie Vallée, cette interprétation inusitée du droit québécois fera l'objet de vives critiques, tant sur le plan académique<sup>29</sup> que politique<sup>30</sup>. Le premier ministre de l'époque se permettra d'intervenir dans le débat en ramenant sa ministre de la Justice à l'ordre : le célébrant religieux dûment habilité à célébrer un mariage par l'État n'agit jamais qu'en sa seule qualité d'officier religieux; il agit également en qualité d'officier civil. Et en cette dernière qualité, il a le devoir de transmettre la déclaration de mariage au directeur de l'état civil, sans égard aux intentions contraires qu'ont pu exprimer les époux ou l'un d'eux. Pour le premier ministre, « [...] le mariage religieux vient [donc] avec une contrepartie civile, point à la ligne »<sup>31</sup>.

Monsieur interjettera appel du jugement Alary et, cette fois, son argument constitutionnel sera entendu au fond, les pressions politiques ayant visiblement contraint la Procureure générale à abandonner l'interprétation l'ayant fait triompher en première instance. Prononcé plus de deux ans après l'audition, l'arrêt de la Cour d'appel<sup>32</sup>, sous la plume de la juge Marie-France Bich, s'étire sur

---

28. *Droit de la famille – 16244*, 2016 QCCS 410.

29. Alain ROY et Michel MORIN, « La célébration du mariage doit respecter les prescriptions du Code civil du Québec, qu'elle revête ou non un caractère religieux », (2016) 46 *R.D.U.S.* 183; Alain ROY, « Le droit de la famille à l'heure des choix », (2019) 2 *C.P. du N.* 97, 108.

30. ANONYME, « Québec doit clarifier la portée du mariage religieux, demande Hivon », Montréal, *La Presse*, 1<sup>er</sup> mars 2016, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201603/01/01-4956215-quebec-doit-clarifier-la-portee-du-mariage-religieux-demande-hivon.php>>.

31. ANONYME, « Philippe Couillard désavoue Vallée », Montréal, *Le Devoir*, 4 mars 2016, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/politique/quebec/464639/philippe-couillard-desavoue-vallee>>.

32. *Droit de la famille – 191850*, 2019 QCCA 1484. Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême, 2019-11-12 (C.S. Can.) 38912.

plus de 115 pages, dont une bonne trentaine sont consacrées à la confirmation du caractère indissociable des dimensions religieuses et civiles du mariage célébré par un ministre du culte dûment reconnu par l'État :

[...] avec les plus grands égards pour la juge de première instance, qui fut amenée à trancher ainsi notamment en raison de l'argumentaire présenté à l'époque par la procureure générale, qui a, depuis, changé son fusil d'épaule, je conclus que [...] tout célébrant autorisé d'un mariage, y inclus le ministre du culte [...], est tenu d'établir la déclaration de mariage et de la transmettre au directeur de l'état civil dans le délai requis [...].<sup>33</sup>

La Cour s'attarde ensuite aux enjeux constitutionnels de l'affaire. À l'unanimité, la formation de trois juges rejette la prétention de monsieur. Ce dernier, affirme la Cour, ne saurait se prétendre victime de discrimination puisque le régime juridique du mariage dont le sacrement religieux est assorti lui confère une situation juridique favorable, alors que l'union de fait à laquelle mènerait un mariage religieux dépouillé de sa dimension civile le plongerait dans un vide juridique préjudiciable. En somme, explique la Cour, ce que monsieur présente comme un « avantage », soit l'absence de droits et d'obligations entre les conjoints de fait et l'espace de liberté contractuelle qui en découle, constitue plutôt un « désavantage ». En corollaire, ce qu'il perçoit comme un « désavantage », soit le régime juridique impératif du mariage, représente en définitive un « avantage »<sup>34</sup>.

Compte tenu des conclusions finales auxquelles les juges majoritaires en sont arrivés dans l'arrêt *Lola*, ce raisonnement laisse perplexe. Au-delà des subtilités que leur argumentaire respectif soulève, ceux-ci ont tous reconnu la légitimité de l'objectif à la base de la politique législative du Québec en matière d'union de fait, soit la promotion du libre choix et de l'autonomie de la volonté. Nul n'a présenté l'absence de droits et d'obligations entre conjoints de fait en termes de vide législatif, une affirmation lourde de sens<sup>35</sup>.

---

33. *Ibid.*, par. 106.

34. *Ibid.*, par. 232.

35. En fait, la Cour d'appel présente l'absence de droits et d'obligations entre conjoints de fait en termes de « traitement désavantageux [...], que le *Code civil ignore* » : *ibid.* (je souligne).

Il est vrai que, depuis quelques années, certains magistrats du plus haut tribunal de la province n'hésitent pas à faire preuve d'audace pour repousser les limites du droit commun au profit de conjoints de fait. Faute pour le législateur d'encadrer l'union de fait, ils usent de leur discrétion judiciaire pour ajuster les conditions et modalités du recours en enrichissement injustifié en fonction des besoins à combler<sup>36</sup>. On se souviendra également de la décision que la Cour d'appel avait elle-même rendue dans l'arrêt *Lola*. À l'unanimité, la formation de trois juges avait déclaré inconstitutionnelle l'absence d'obligation alimentaire entre conjoints de fait<sup>37</sup>. Dans ce contexte, l'arrêt signé par la juge Bich n'est peut-être pas si étonnant; il participe de cette mouvance judiciaire qui perçoit la politique du libre choix propre au Québec sous un angle éminemment négatif.

Ce qui ne manque toutefois pas d'étonner est que le raisonnement retenu par la juge Bich lui a été suggéré par la Procureure générale du Québec. Une position qui contraste avec celle que son prédécesseur avait soutenue dans l'affaire *Lola* où, rappelons-le, l'État avait plaidé haut et fort l'absence de hiérarchisation entre les différents statuts conjugaux. Dans son mémoire d'appel déposé le 11 avril 2017, la Procureure générale a clairement défendu le droit du législateur de *favoriser* le mariage en raison de son caractère *socialement structurant*, d'où la légitimité d'un régime législatif qui impose des droits et obligations entre époux, mais qui s'abstient de réglementer les rapports entre conjoints de fait. Voilà une affirmation extrêmement compromettante. En justifiant la dichotomie qui caractérise la politique législative du Québec en matière conjugale en s'attachant non plus à l'autonomie de la volonté (effets « *présument* » voulus en mariage / effets « *présument* » non voulus en union de fait), mais au mérite social ou juridique d'un type d'union par rapport à l'autre (avantages – bénéfices en mariage / désavantages – « *vide* » en union de fait), l'État s'est littéralement *autopeluredebananisé*<sup>38</sup>. *Lola* est maintenant mieux outillée que jamais pour retourner devant les tribunaux et gagner sa cause.

---

36. Voir *Droit de la famille – 182097*, 2018 QCCA 1600; Alain ROY, « Quel droit pour les familles d'aujourd'hui et de demain ? », (2019) 121 R. du N. 1, 18 et s.; Alain ROY, « Le droit de la famille à l'heure des choix », (2019) 2 C.P. du N. 97, 102 et s.

37. *Droit de la famille – 102866*, 2010 QCCA 1978.

38. Selon la célèbre expression de feu Jacques Parizeau, ex-premier ministre du Québec (1994-1996).

### **1.3 Le patrimoine familial ou la redéfinition du mariage en termes d'association économique**

L'impact qu'a eu le patrimoine familial sur le sens même du mariage est indéniable. Comme l'a affirmé le juge LeBel dans l'arrêt *Lola*, son adoption a littéralement transformé le mariage en « association socio-économique ». À compter du 1<sup>er</sup> juillet 1989, les conjoints qui décident de se marier adhèrent obligatoirement à « un modèle associationniste [...] qui emporte une volonté de partage [...] »<sup>39</sup>.

Si la finalité du patrimoine familial est relativement simple à circonscrire, tel n'est pas le cas de son application pratique. Au cours des années, les dispositions législatives qui en précisent les conditions et modalités ont soulevé plusieurs controverses doctrinales et jurisprudentielles. Résumons ici les trois principales.

#### *1.3.1 La transmissibilité du droit au partage*

Le droit de créance résultant du partage du patrimoine familial est-il transmissible à la succession de l'époux décédé ? Autrement dit, les héritiers du défunt peuvent-ils s'adresser au conjoint survivant pour lui réclamer le partage du patrimoine familial ? Absolument, ont prétendu la plupart des auteurs qui se sont prononcés sur la question<sup>40</sup>. Le droit de créance résultant du patrimoine familial est un droit patrimonial de nature personnelle. Or, de tels droits ne s'éteignent pas avec le décès de leur titulaire, sauf mention contraire du législateur. Tant s'en faut, répondra l'éminent professeur Jacques Beaulne pour qui l'objectif visé par le législateur était de

---

39. *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, par. 79. Voir également Benoît MOORE, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) 54 *R.D. McGill* 257, 268.

40. Voir notamment Pierre CIOTOLA, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989) 1 *C.P. du N.* 1, 58 et 59; Roger COMTOIS, *La qualification des biens selon le régime matrimonial : la détermination du régime légal et le patrimoine familial*, dans *Chambre des notaires du Québec, Répertoire de droit, Famille – Doctrine – Document 9*, 1990, nos 249 et 253; Jean-Pierre SENÉCAL, « État de la jurisprudence sur le patrimoine familial », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Congrès annuel du Barreau du Québec (1991)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 302, 304 et Danielle BURMAN et Jean PINEAU, *Le patrimoine familial (projet de loi 146)*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 155-158.

favoriser l'égalité économique des époux l'un envers l'autre, et non pas d'un époux avec les héritiers de son conjoint<sup>41</sup>.

Élaborée dès 1989, la thèse du professeur Beaulne sera retenue quelques années plus tard par le juge Jean-Pierre Senécal de la Cour supérieure dans l'affaire *Succession de Fine c. Bordo*<sup>42</sup>, jugement qui sera suivi dans trois décisions subséquentes<sup>43</sup>. En revanche, la thèse opposée, soit celle de la transmissibilité, recueillera l'aval de la Cour supérieure dans cinq décisions<sup>44</sup>. La question demeurera controversée jusqu'à ce que la Cour d'appel s'en saisisse dans l'affaire *Lamarche c. Olé-Widlholm*<sup>45</sup>. À deux juges contre trois, la Cour d'appel tranchera en faveur de la transmissibilité du droit. Selon les juges majoritaires, aucun indice législatif probant ne permet de qualifier d'*intuitu personæ* le droit de créance résultant du partage du patrimoine familial et, partant, d'en réserver la jouissance et l'exercice aux seuls époux en vie.

Si certains se montrent toujours très critiques à l'égard de la thèse de la transmissibilité, d'autres, dont je suis, considèrent bien fondée en droit la décision majoritaire de la Cour d'appel. En créant le patrimoine familial, le législateur entendait accorder à chacun des époux une part économique équivalente dans un certain nombre de biens, quelle que soit la nature de leur contribution respective. Le patrimoine familial, faut-il le rappeler, énonce simplement les termes de l'« association économique » qu'est indubitablement devenu le mariage en 1989. L'époux créancier du patrimoine familial doit être vu comme un véritable associé, ni plus ni moins. Or, un associé ne perd pas sa participation à son décès. Libre à lui de transmettre

---

41. Jacques BEAULNE, « Le droit au patrimoine familial et le droit à la succession : droits irréconciliables ? », (1989) 20 R.G.D. 669.

42. [1998] R.J.Q. 1823 (C.S.).

43. *Bourget c. Fontaine*, C.S., Laval, n° 540-04-0013260963, 22 septembre 1999; *Turcotte c. Côté*, J.E. 2000-1927 (C.S.); *Banque Nationale du Canada c. Succession de Trapani*, [2000] R.D.F. 405 (C.S.), infirmée en appel (C.A., 29 avril 2002, n° 5000-09-009712-001). Avant le jugement Senécal, une décision de la Cour supérieure, soit *Droit de la famille – 2084*, [1994] R.D.F. 728 (C.S.), semblait également favorable à la thèse de l'intransmissibilité.

44. *Trudel c. Rochon*, J.E. 97-697 (C.S.); *Therrien c. Gagnon*, [1999] R.D.F. 328 (C.S.); *Bolduc c. Moffat*, [2000] R.D.F. 526 (C.S.); *Hopkinson c. Royal Trust Company*, [1996] R.J.Q. 728 (C.S.); *Daigle c. Succession de Bélisle-Sideleau*, [1992] R.D.F. 681 (C.S.).

45. [2002] R.J.Q. 1173 (C.A.). Le même jour, la Cour d'appel appliquait le même raisonnement dans l'arrêt *Banque nationale du Canada c. Sciasia Trapani*, 2002 CanLII 39948 (QC C.A.).

sa part aux personnes de son choix par testament. À défaut, celle-ci passera simplement dans sa succession. Il en va de même du droit résultant du partage du patrimoine familial auquel on ne doit pas attribuer de finalité proprement alimentaire ou compensatoire. Si la nature de l'obligation alimentaire, de la prestation compensatoire ou de toute autre institution comparable peut justifier des limitations à la transmissibilité du droit du créancier, tel n'est pas le cas du patrimoine familial qui ne fait que cristalliser la participation économique au mariage de l'époux créancier, peu importe la cause qui en entraîne la dissolution<sup>46</sup>.

### 1.3.2 *Le remploi d'un bien possédé lors du mariage*

Les articles 415 et suivants du *Code civil du Québec* prévoient les exclusions et déductions qu'un époux peut invoquer lors du partage du patrimoine familial pour en limiter la portée. Compte tenu de l'objectif à la base de l'institution, les éléments d'actifs et les valeurs qui ne peuvent être rattachés directement ou indirectement aux efforts communs du couple pourront être soustraits du partage. Il en est ainsi du bien qu'un conjoint aura reçu par donation ou succession avant ou pendant le mariage ou, dans le même esprit, des libéralités qu'il aura utilisées durant le mariage pour acquérir un tel bien ou l'améliorer. Si le bien du patrimoine familial a été acquis avant le mariage, la valeur correspondant à la période prémaritale pourra en outre être déduite<sup>47</sup>. Dans la mesure où le conjoint qui en est le propriétaire s'en départit durant le mariage, la déduction pourra être appliquée sur le bien qu'il aura acquis en remplacement :

**418.** al. 3 Le remploi, pendant le mariage, d'un bien du patrimoine familial possédé lors du mariage donne lieu aux mêmes déductions, compte tenu des adaptations nécessaires.

---

46. Alain ROY, « La transmissibilité du droit au partage du patrimoine familial : Évolution jurisprudentielle », (2001) 103 *R. du N.* 127.

47. C.c.Q., art. 418. Le second alinéa de l'article prévoit la déduction accessoire de la plus-value acquise par le bien pendant le mariage, dans la même proportion que celle qui existait, au moment du mariage, entre la valeur nette et la valeur brute du bien ou, selon le cas, de la plus-value acquise, depuis l'apport, dans la même proportion que celle qui existait, au moment de l'apport, entre la valeur de l'apport et la valeur brute du bien.

Grâce à cette règle particulière de remploi<sup>48</sup> qui a été ajoutée à l'article 418 C.c.Q. un an après son adoption<sup>49</sup>, l'époux qui, par exemple, possédait la résidence familiale lors du mariage, mais qui en a disposé dans les années subséquentes pour en acquérir une autre, conservera le bénéfice de la déduction au moment de la dissolution du mariage.

Considérant l'objectif à la base du patrimoine familial, la doctrine s'est interrogée sur la situation du conjoint qui se serait porté acquéreur de la résidence familiale ou de tout autre bien du patrimoine familial durant le mariage en utilisant non pas le produit de la vente d'un bien du « patrimoine familial possédé lors du mariage » au sens du troisième alinéa de l'article 418 C.c.Q., mais ses économies d'avant mariage, voire le produit de la vente d'un bien qu'il aurait acquis avant le mariage, mais qui ne se qualifie pas de « bien du patrimoine familial », tel un immeuble à revenus. Ces économies ou le produit de la vente en question pourront-ils faire l'objet d'une déduction au jour de la dissolution ?

Auteur d'un article-phare publié dans les recueils des cours de perfectionnement du notariat de 1992, le professeur Pierre Ciotola est catégorique : tout aussi étrangers aux efforts communs des époux que le produit de la vente d'un « bien du patrimoine familial possédé lors du mariage », ces apports constituent en quelque sorte des valeurs *propres* au conjoint, de sorte qu'il serait illogique d'en prescrire le partage<sup>50</sup>. À son avis, le « remploi » des biens ou actifs possédés lors du mariage devrait être admis, qu'ils fassent ou non partie du patrimoine familial<sup>51</sup>. À l'appui de son raisonnement, le

---

48. Le « remploi » est également prévu pour un bien acquis en remplacement d'un autre sur lequel un époux aurait investi un don ou un héritage, pendant le mariage : C.c.Q. art. 418, al. 1, *in fine*.

49. *Loi modifiant le Code civil du Québec concernant le partage du patrimoine familial et le Code de procédure civile*, L.Q. 1990, c. 18, art. 3.

50. Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, « Droit actuel et nouveau droit : le point sur le patrimoine familial, la société d'acquêts et les conventions matrimoniales », (1992) 2 C.P. du N. 7, 31-32, nos 63-64. Au même effet, voir Danielle BURMAN et Jean PINEAU, *Le patrimoine familial (projet de loi 146)*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 133 et 134; Suzanne H. PRINGLE, « Le partage inégal du patrimoine familial », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droits familial (1984)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 184.

51. Dans la mesure où la notion de remploi « [...] concerne la réutilisation dans un nouveau bien de sommes ou de valeurs qui proviennent d'un autre bien » (*Droit de la famille – 12378*, 2012 QCCS 6793), on peut se demander s'il est approprié de  
(à suivre...)

professeur Ciotola invoque la genèse du troisième alinéa de l'article 418 C.c.Q. :

[...] l'objectif de [cet ajout] vise à permettre la « déduction de la valeur de biens acquis en remplacement de biens possédés par les époux lors du mariage » comme le précisent les notes explicatives du projet de loi 47. La reconnaissance du remploi dans toutes les circonstances rendrait compatibles les dispositions du patrimoine familial avec celle de la société d'acquêts, régime qui a remplacé la communauté de biens, faisant en cela disparaître le partage des économies accumulées avant mariage. Aussi devrait-on considérer que cette disposition non seulement fait reconnaître la possibilité du remploi à l'égard des biens du patrimoine familial, mais plus encore à l'égard des économies réalisées avant mariage. Elle ferait disparaître un résultat absurde selon qu'un immeuble est acheté quelques heures avant mariage ou après mariage, il ferait l'objet de partage ou non. D'ailleurs, le remploi pour les économies faites avant mariage serait tout à fait conciliable avec la philosophie inhérente au patrimoine familial, celle même qui justifie l'exclusion des biens donnés ou légués à un époux avant ou pendant mariage : l'obligation de partager les richesses accumulées pendant le mariage.<sup>52</sup>

À l'instar du professeur Ciotola, les tribunaux auraient sans doute pu favoriser une interprétation du texte basée sur les objectifs et la finalité du patrimoine familial. Comme l'écrit Pierre-André Côté, faire primer les objectifs et la finalité de la loi est monnaie courante en droit civil où les tribunaux hésitent rarement à « rectifier [des] expressions maladroitement » pour contrecarrer les résultats absurdes auxquels une interprétation littérale des dispositions litigieuses conduirait<sup>53</sup>.

Or, dans les rares décisions où fut soulevée la question du remploi des économies d'avant mariage ou de tout autre bien qui, en date du mariage, ne se qualifie pas de bien du patrimoine familial, la Cour d'appel s'est bornée à prendre acte du texte législatif pour rejeter la demande de déduction, sans soumettre la moindre analyse ou

---

(...suite)

qualifier de « remploi d'un bien » l'utilisation d'économies proprement dites dans l'acquisition ou l'amélioration d'un bien. Il serait sans doute plus juste d'en justifier le caractère déductible en recourant à la notion d'« apport » au sens du premier alinéa de l'article 418 C.c.Q.

52. Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, « Conflits matrimoniaux et partage des biens », (1990) 2 *C.P. du N.* 303, 357, n° 93.

53. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 458, par. 1467.

explication<sup>54</sup>. Compte tenu des enjeux économiques et juridiques qu'elle soulève pour les justiciables, la question aurait mérité un meilleur traitement... Qu'importe, les arrêts expéditifs de la Cour d'appel représentent aujourd'hui l'état du droit et rien ne laisse présager un changement d'orientation jurisprudentielle. Il faudra donc attendre la réforme du droit de la famille pour que l'erreur historique commise en 1989 soit enfin corrigée<sup>55</sup>.

### 1.3.3 *Le partage inégal*

La Cour suprême est rarement appelée à se prononcer sur la portée d'une disposition spécifique du Livre deuxième du Code civil. Lorsque l'occasion se présente, les juristes y portent donc une attention toute particulière. Dans l'arrêt de principe *M.T. c. J.-Y.T.*<sup>56</sup> rendu en 2008, la Cour suprême s'est employée à préciser les contours de l'article 422 C.c.Q. qui permet aux tribunaux de déroger exceptionnellement au principe du partage égalitaire du patrimoine familial. Où s'arrête le principe, où commence l'exception ?

À première vue, le champ dans lequel se déploie l'exception paraît bien étroit, l'article 422 C.c.Q. prévoyant les motifs du partage inégal en termes relativement précis :

**422.** Le tribunal peut, sur demande, déroger au principe du partage égal et, quant aux gains inscrits en vertu de la Loi sur le régime de rentes du Québec (chapitre R-9) ou de programmes équivalents, décider qu'il n'y aura aucun partage de ces gains, lorsqu'il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux.

Le critère central réside donc dans l'injustice que provoquerait un partage égalitaire. Une injustice dont l'époux demandeur devra faire la démonstration au moyen de l'un ou l'autre des trois motifs

---

54. Voir par exemple *Droit de la famille – 3577*, J.E. 2000-760 (C.A.); *Droit de la famille – 3511*, J.E. 2000-1675 (C.A.); *Droit de la famille – 1933*, J.E. 94-325 (C.A.). En Cour supérieure, voir notamment *Droit de la famille – 980*, [1991] R.J.Q. 1104, 1108 (C.S.) et *Droit de la famille – 1487*, [1991] R.J.Q. 2920, 2927 (C.S.). Voir toutefois *M.P. c. M.R.*, [1996] A.Q. (Quicklaw) n° 251 (C.S.).

55. Une modification en ce sens est suggérée par le Comité consultatif sur le droit de la famille : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 176.

56. 2008 CSC 50.

énumérés dans la disposition... ou de tout autre motif, le mot « notamment » employé par le législateur ouvrant la voie à d'autres considérations.

Dans l'affaire *M.T. c. J.-Y.T.*<sup>57</sup>, l'époux invoquait deux motifs spécifiques à l'appui de sa demande de partage inégal, soit la différence d'âge le séparant de son épouse et le fait qu'il s'agisse pour lui d'un second mariage. Juge à la retraite, monsieur considérait injuste d'avoir à partager son fonds de pension avec madame, de 20 ans sa cadette<sup>58</sup>. Sous la plume du juge LeBel, la Cour suprême a rejeté sa demande, en appuyant son raisonnement sur les objectifs et la finalité du patrimoine familial :

[l']énumération ne doit pas être considérée comme ouverte à l'infini. En effet, elle demeure toujours située dans le contexte d'une institution créée pour assurer une forme d'égalité économique entre les conjoints. [...] L'approche interprétative nécessaire à l'application de l'art. 422 doit toujours prendre en compte la nature de l'objectif du patrimoine familial, soit la création d'une union économique entre les conjoints. Cette méthode permet de déterminer la nature des circonstances susceptibles de provoquer une injustice au sens de l'art. 422. Ces circonstances doivent se relier à la réalisation ou à l'échec de l'association économique entre les parties. Il faut déterminer si, par leurs actes ou leur comportement durant le mariage, les conjoints ont violé leur obligation fondamentale de contribuer à la formation et au maintien du patrimoine familial.<sup>59</sup>

On voit ressurgir encore une fois cette idée d'association économique qu'est devenu le mariage lors de l'adoption des dispositions instituant le patrimoine familial. Le juge LeBel s'y réfère expressément pour justifier l'interprétation restrictive qu'il retient de l'article 422 C.c.Q. Peu importe le profil des époux, peu importe leurs aspirations individuelles ou conjointes, peu importe le sens qu'ils souhaitent donner à leur union et la trajectoire qu'elle aura empruntée, le mariage constitue une union économique, point barre. Il s'agit, pour ainsi dire, d'un élément de définition du mariage. Outre la brève durée du mariage qui permettra parfois de conclure que, faute de temps, l'association économique n'a pu prendre racine, les deux autres motifs invoqués par le législateur à l'article 422 C.c.Q. ren-

---

57. *Ibid.*

58. Notons que le mariage des parties avait duré 20 ans. Notons également que madame avait étudié pendant la durée du mariage, jusqu'à obtenir un doctorat, mais n'avait jamais occupé d'emploi.

59. *Ibid.*, par. 25.

voient à des comportements ou agissements qui en ont saboté l'achèvement. Aux dires du juge LeBel, il doit en être de même pour tous les autres motifs que le terme « notamment » permet d'invoquer. Seules les fautes à caractère économique pourront donc donner ouverture au partage inégal.

Dans un texte écrit en 1999, le professeur Jean Pineau qualifiait le patrimoine familial de « costume Mao » des époux<sup>60</sup>. La formule anglophone « one size fits all » est tout aussi révélatrice de l'approche retenue par le législateur québécois. En cherchant à obtenir un partage inégal du patrimoine familial en raison de la différence d'âge le séparant de son épouse et du fait qu'il s'agissait pour lui d'un second mariage, monsieur a tenté d'amener le tribunal à moduler l'application du patrimoine familial en fonction du profil particulier de son couple. Cette bataille était perdue d'avance. En adhérant à la demande de monsieur, le tribunal se serait indirectement arrogé le pouvoir de substituer au modèle « one size fits all » voulu par le législateur une formule de type « sur mesure ». L'injustice invoquée par monsieur, si tant est qu'elle existe, résulte ni plus ni moins de la simple application de la loi, d'où son irrecevabilité<sup>61</sup>.

Irrecevabilité judiciaire, mais non pas politique. Dans une société pluraliste où se côtoient différents profils conjugaux, il est certes opportun de s'interroger sur l'approche standardisée du législateur québécois. Pourrait-on envisager certaines modulations au cadre juridique du mariage en fonction du rang du mariage ou de l'âge des conjoints, comme c'est le cas dans certains pays ? Au Portugal et au Brésil, les couples qui se marient en premières noces sont soumis au régime légal de la communauté, tandis que ceux qui s'épousent en secondes noces se retrouvent en séparation de biens<sup>62</sup>. Le mariage ne sera donc association économique qu'en présence d'époux généralement plus jeunes, et dont les patrimoines restent à bâtir. À l'opposé, on imputera aux époux en secondes noces qui, majoritairement plus âgés, ont déjà accumulé certains biens au moment de leur mariage, la volonté de limiter leur union à sa seule dimension relationnelle. Voilà une piste qui pourrait s'ajouter à la réflexion du législateur québécois.

60. Jean PINEAU, « L'ordre public dans les relations de famille », (1999) 40 *C. de D.* 323, 334.

61. *M.T. c. J.-Y.T.*, [2008] 2 R.C.S. 781, par. 23.

62. Ernest CAPARROS, « La nature juridique commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts », (1999-2000) 30 *R.G.D.* 1, 23.

## **2. La filiation et l'autorité parentale**

La filiation est une notion riche de sens que le législateur et les tribunaux se doivent de manipuler avec le plus grand soin. Contrairement à d'autres concepts dont la portée n'excède pas les limites du domaine juridique, la filiation se situe aux confins du droit, de la sociologie, de l'anthropologie et de la psychologie<sup>63</sup>. Les processus d'adoption et d'interprétation des règles de droit qui en permettent l'établissement et qui en déterminent les effets ne devraient jamais en faire abstraction. Malheureusement, le passé regorge d'exemples où le législateur et les tribunaux ont instrumentalisé la notion au mépris de ses dimensions non juridiques.

Comme je l'ai déjà souligné, le livre deuxième sur la famille a fait son entrée dans le Code civil non pas en 1994 comme les autres livres, mais en 1980. Le législateur a toutefois profité de la réforme dont on célèbre cette année le 25<sup>e</sup> anniversaire pour apporter quelques retouches aux dispositions relatives à la filiation et à l'autorité parentale. Des retouches qui ont donné lieu à des ajouts, comme l'article 541 C.c.Q. frappant de nullité absolue les conventions de gestation et de procréation pour le compte d'autrui, et à des abrogations, dont l'ancien article 651 C.c.Q. accordant au titulaire de l'autorité parentale un « droit de correction modéré et raisonnable » sur l'enfant. L'encre qu'ont fait couler ces interventions législatives fut pour le moins abondante. Et les débats se poursuivent toujours, les enjeux en résultant sur le plan social et juridique étant plus que jamais d'actualité. D'autres controverses prenant racine sur des dispositions plus anciennes connaîtront par ailleurs leur dénouement au tournant du siècle, comme l'aménagement post-rupture des pouvoirs décisionnels des parents. Toutes ces problématiques témoignent de manière particulièrement éloquente de l'évolution sociale des conceptions et des mœurs en matière familiale, d'où l'intérêt d'y porter attention.

### **2.1 La maternité de substitution**

La nullité absolue des conventions de gestion et de procréation pour le compte d'autrui mène à deux conséquences. La première, pour le moins évidente, renvoie à l'impossibilité pour l'une ou l'autre des parties d'en obtenir la sanction judiciaire. La seconde, plus

---

63. Voir Alain ROY, « De certains enjeux contemporains du droit québécois de la filiation », (2017) 2 *C.P. du N.* 324.

complexe, concerne la filiation de l'enfant dont l'établissement sera régi par les règles générales prévues au chapitre « de la filiation par le sang »<sup>64</sup>. Aux termes de ces règles, l'enfant se verra d'abord attribuer une filiation maternelle avec la mère porteuse, même si l'ovocyte fécondé provient d'une autre femme. Il pourra en outre bénéficier d'une seconde filiation, par nature paternelle, dans la mesure où l'une ou l'autre des preuves extrajudiciaires prévues aux articles 523 à 526 C.c.Q. trouvent application<sup>65</sup>. En général, le membre masculin du couple à l'origine du projet parental reconnaîtra l'enfant dans la déclaration de naissance et en deviendra incidemment le père légal<sup>66</sup>. Dans la mesure où le projet parental est celui d'un couple hétérosexuel, la conjointe du père restera à l'écart du portrait filial de l'enfant. Dans le cas d'un couple gai, seul l'un des hommes pourra prétendre au statut de parent.

Ces deux conséquences auxquelles conduit la nullité absolue des conventions de gestation et de procréation pour le compte d'autrui sont indiscutables. Les commentaires du ministre de la Justice publiés en 1994 en font d'ailleurs expressément état<sup>67</sup>. Le ministre reste toutefois silencieux sur la validité des procédures d'adoption que les protagonistes pourraient vouloir enclencher à la suite de la naissance de l'enfant pour substituer la filiation de la conjointe ou du conjoint du père à celle de la mère porteuse. En leur qualité de parents légaux de l'enfant, la mère porteuse et le père pourront-ils donner un consentement valable à l'adoption en faveur de la conjointe ou du conjoint de ce dernier ? Ce projet d'adoption sera-t-il jugé conforme à la loi ou y verra-t-on plutôt l'expression d'une manœuvre destinée à contourner la règle d'ordre public prévue à l'article 541 C.c.Q. ? Telles sont les questions qui ont été adressées à la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille – 1445*<sup>68</sup>.

---

64. C.c.Q., art. 523-537.

65. Alain ROY, *La filiation par le sang et par la procréation assistée – Commentaires sur le Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 23 et s.

66. Cette filiation restera précaire si les gamètes mâles ne proviennent pas de cet homme, sous réserve des délais de déchéance ou de prescription applicables et, le cas échéant, de la fin de non-recevoir que constitue le verrou de filiation prévu à l'article 530 C.c.Q. Voir Alain ROY, « De certains enjeux contemporains du droit québécois de la filiation », (2017) 2 *C.P. du N.* 324, 345 et s.

67. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 327.

68. 2014 QCCA 1162.

Bien que la Cour ne fasse mention de l'article 543 C.c.Q. que dans sa toute dernière note de bas de page, l'enjeu central s'y trouve :

**543.** L'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi.

Elle ne peut avoir lieu pour confirmer une filiation déjà établie par le sang.

Selon le juge Yves-Marie Morissette qui signe le jugement, les « conditions prévues par la loi » auxquelles réfère l'article 543 C.c.Q. ne sauraient recevoir une interprétation extensive. La validité du projet d'adoption doit être évaluée en fonction des seules conditions prévues au chapitre de l'adoption, sans égard aux circonstances de la naissance de l'enfant. La nullité d'ordre public de l'arrangement dont l'enfant est issu ne permettrait donc pas d'attaquer la recevabilité des consentements exprimés. Quant au critère de l'intérêt de l'enfant également codifié à l'article 543 C.c.Q., la Cour d'appel en retient une appréciation pragmatique, le projet d'adoption soumis par les parties constituant en l'occurrence « la solution la moins insatisfaisante » pour l'enfant concerné<sup>69</sup>. À l'appui de sa prétention, la Cour cite les propos des professeurs Pineau et Pratte :

La jurisprudence française [a] interdit [le recours à l'adoption] en adoptant la solution qu'impose la logique juridique : le droit ne doit pas permettre la réalisation d'un contrat contraire à l'ordre public. Mais la pure logique juridique doit-elle à elle seule dicter la réponse à cette question ? Un enfant est né; un couple a voulu sa naissance et est à l'origine de sa conception; sa mère biologique, par ailleurs, l'a mis au monde dans le but de l'abandonner. Quel objectif doit-on poursuivre ? Protéger l'intérêt de l'enfant en cause en permettant la consécration juridique d'un lien affectif ? Ou imposer à cet enfant, au nom du respect de l'ordre public et de la logique juridique, une vie écartelée entre son véritable père, une mère qui le rejette, et une autre personne qui agit comme deuxième parent sans en avoir le statut ? Ne doit-on pas, dans cette situation, préférer la protection de l'intérêt immédiat de l'enfant plutôt que le respect de l'intérêt général ?<sup>70</sup>

---

69. *Ibid.*, par. 66. Le juge Morissette emprunte l'expression au professeur Benoît Moore, aujourd'hui juge à la Cour d'appel : Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans l'ouvrage collectif *Liber Amicorum – Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Éditions Dalloz, 2013, p. 859.

70. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 684-685 (notes omises).

Faire primer l'intérêt de l'enfant concerné sur les arguments de « logique juridique » est certainement louable<sup>71</sup>, du moins dans l'attente d'une réforme où le législateur pourra sopeser l'ensemble des considérations sociales et politiques que soulève la maternité de substitution. Louable donc, mais loin d'être idéal. Contrairement au législateur, les tribunaux jugent en fonction des faits qui leur sont soumis et non des enjeux de société qu'une question juridique peut soulever. Transposées au-delà des parties en cause, leurs décisions révéleront naturellement les limites qui leur sont inhérentes. Ainsi, la « solution la moins insatisfaisante pour l'enfant » que constitue l'adoption ne sera accessible que si les parents d'intention de l'enfant forment un couple hétérosexuel ou gai. S'agissant d'une femme seule ou d'un couple lesbien, le ou les parents d'intention ne disposeront d'aucun moyen pour réclamer l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant et le cadre juridique de l'adoption ne leur sera d'aucun secours<sup>72</sup>.

À moins, bien sûr, qu'ils ne parviennent à se glisser dans l'une des brèches jurisprudentielles malencontreusement ouvertes par les tribunaux eux-mêmes, comme dans l'arrêt *Droit de la famille – 161*<sup>73</sup> rendu en 2018, où la Cour d'appel en est venue à la conclu-

---

71. Pour le professeur Benoît Moore, aujourd'hui juge à la Cour d'appel, la logique juridique milite également en faveur de la solution retenue par la Cour : « [...] non seulement cette dissociation [entre projet parental et adoption post-naissance] est-elle conforme à l'intérêt de l'enfant, argument pragmatique de politique judiciaire, mais elle est aussi conforme à la logique juridique. L'effet de la nullité d'un contrat est la neutralisation de l'exécution de celui-ci, l'anéantissement de sa force obligatoire. En ce sens, la nullité du contrat opère ici normalement : les parents d'intention ne peuvent demander la sanction du défaut de la mère porteuse de remettre l'enfant ou l'exécution de toute autre obligation contractuelle pas plus que la mère porteuse ne peut imposer aux parents d'intention d'assumer un lien filial. Le droit n'entérine donc pas la détermination à l'avance de la filiation de l'enfant, objet de l'interdiction du contrat. Autre chose est la question de l'adoption de l'enfant lors de la naissance. Sur celle-ci seules les règles de filiation doivent intervenir de la même façon qu'elles l'auraient fait en l'absence d'un tel contrat. C'est pourquoi, malgré l'existence d'un tel contrat, il est généralement admis que le père d'intention, lorsqu'il est le père biologique, peut en application des règles classiques de la filiation établir son lien paternel. Une telle acceptation procède de la dissociation entre le contrat et la filiation. Refuser la paternité serait lier les deux et faire porter effet à la nullité sur le droit de la filiation. Le droit refuse cette association pour la paternité, il devrait en être de même pour la maternité *lorsque l'on recourt à l'adoption* » (italiques provenant du texte original).

72. Alain ROY, « De certains enjeux contemporains du droit québécois de la filiation », (2017) 2 *C.P. du N.* 324, 325.

73. 2016 *QCCA* 16.

sion qu'une mère porteuse qui ne reconnaît pas l'enfant dans la déclaration de naissance n'en est pas la mère légale et n'est donc pas appelée à consentir à son adoption. Voilà un raisonnement qui n'est en rien conforme au droit<sup>74</sup>. Contrairement à la filiation paternelle, la filiation maternelle n'est pas et n'a jamais été une affaire d'intention ou de déclaration. *Mater es quam gestatio demonstrat*, la maternité découle de la gestation dans tous les cas, peu importe les renseignements qui se trouvent ou qui ne se trouvent pas dans la déclaration de naissance.

Obnubilée par sa volonté d'avaliser le projet d'adoption au bénéfice des parties concernées et de l'enfant en cause, la Cour d'appel a non seulement pavé la voie à l'établissement électif de la filiation maternelle à l'encontre des principes qui régissent le droit québécois, mais elle a également omis de considérer les dérives et les abus que sa décision pourrait éventuellement générer. Quelles circonstances se profilent derrière un acte de naissance comportant la mention « mère non déclarée » ? Que révèle l'abstention de la mère porteuse ? A-t-on profité de sa vulnérabilité ? Son effacement a-t-il été acheté au mépris du principe de gratuité qui fonde notre droit de la filiation ? Inexistante sur le plan légal, la filiation de l'enfant pourra être établie en faveur du ou des parents d'intention sans qu'il soit nécessaire d'obtenir son consentement et d'en vérifier la validité<sup>75</sup>.

## 2.2 Le châtime<sup>nt</sup> corporel<sup>76</sup>

Lors de la réforme du droit de la famille de 1980, le législateur a intégré au chapitre de l'autorité parentale le « droit de correction modérée et raisonnable »<sup>77</sup> jusqu'alors conféré au père de l'enfant en vertu de la puissance paternelle prévue aux anciens articles 242 à 245 du *Code civil du Bas-Canada*. Compte tenu du nouveau principe d'égalité entre les père et mère, chacun d'eux en serait désormais titulaire.

---

74. Andréanne MALACKET, « Maternité de substitution : quelle filiation pour l'enfant à naître ? », (2016) 117 *R. du N.* 229, 236-241.

75. Alain ROY, « De certains enjeux contemporains du droit québécois de la filiation », (2017) 2 *C.P. du N.* 324, 347.

76. La présente section reprend pour l'essentiel les pages 325 à 330 du rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

77. C.c.Q. (1980), art. 651.

Le droit de correction parentale ne sera pas reconduit au Code civil de 1994. Les commentaires du ministre de la Justice qui accompagnent la réforme sont pour le moins ambigus sur le sens de cette intervention. Tout en faisant état de la disparition de la disposition, le ministre affirme que « [l]a règle générale sur le droit et le devoir d'éducation paraît suffisante »<sup>78</sup>. Suffisante en quoi ? Suffisante pour assurer le respect de l'autorité des parents, sans qu'il leur soit nécessaire de recourir à la punition corporelle, ou suffisante pour inclure implicitement le droit de correction ? La doctrine est divisée sur la réponse à donner à la question. Alors que la professeure Monique Ouellette voit dans l'intervention du législateur une volonté d'éliminer un « vestige de temps anciens et de mœurs passées »<sup>79</sup>, la professeure Renée Joyal estime quant à elle le droit de correction toujours existant « [...] comme accessoire des droits de garde, de surveillance et d'éducation »<sup>80</sup>. La jurisprudence témoigne d'une même hésitation<sup>81</sup>.

Quelle qu'ait pu être la véritable intention du législateur québécois, c'est toutefois au législateur fédéral qu'appartient le dernier mot. En effet, c'est à travers les conséquences pénales auxquelles s'exposent les parents qui ont recours à la force physique pour corriger leur enfant que l'on peut vraiment prendre la mesure du droit applicable. Or, l'article 43 du *Code criminel* aménage une défense spécifique à leur profit. Si la force employée est raisonnable dans les circonstances, aucune accusation de voies de fait ne pourra être portée contre eux. Les instituteurs et les personnes à qui ils auraient confié l'enfant à une fin précise pourront invoquer la même défense :

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un

---

78. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 351.

79. Monique OUELLETTE, « Livre deuxième : de la famille », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 151, 181.

80. Renée JOYAL, avec la collaboration de Mario PROVOST, *Précis de droit des jeunes*, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 230, p. 90 et 91.

81. Dans *Protection de la jeunesse – 717*, J.E. 94-1514 (C.Q.), le juge Jacques R. Roy affirme que le droit de correction a disparu du Code civil du Québec (voir dans le même sens : *Protection de la jeunesse – 681*, J.E. 94-683 (C.Q.) et *Protection de la jeunesse – 905*, J.E. 97-1369 (C.Q.)), alors que dans *Protection de la jeunesse – 712*, J.E. 94-1404 (C.Q.) et *Protection de la jeunesse – 955*, J.E. 98-1900 (C.Q.), le tribunal estime que le *Code civil du Québec* reconnaît toujours ce droit aux parents. Voir également *N.L. (Dans la situation de)*, J.E. 2002-2027 (C.S.) et *P.D.C.-F. (Dans la situation de)*, [2001] R.D.F. 422 (C.Q.).

enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

Au tournant des années 2000, la validité constitutionnelle de cette disposition a été attaquée en justice sur la base du droit des enfants à la sécurité, à l'égalité et à la protection contre les traitements ou peines cruelles et inhabituelles. En 2004, dans une décision divisée, la Cour suprême a confirmé la validité de l'article 43 C.cr., en prenant toutefois soin d'en baliser le champ d'application. Laura Barnett résume ainsi les paramètres fixés par la Cour :

Le fait que l'emploi de la force contre un enfant doive avoir pour but de corriger signifie qu'il faut que cet usage soit réfléchi et modéré, qu'il réponde au comportement réel de l'enfant et qu'il vise à contrôler le comportement, le maîtriser ou encore à exprimer une désapprobation symbolique. L'enfant doit être en mesure de comprendre la correction et d'en tirer profit. Par conséquent, l'article 43 ne justifie pas l'emploi de la force à l'égard d'un enfant de moins de deux ans ou d'un enfant ayant une déficience particulière. L'expression « raisonnable dans les circonstances » signifie que la force doit être passagère et négligeable, qu'elle ne doit avoir un effet ni dégradant ni préjudiciable pour l'enfant et ne doit pas être exercée en fonction de la gravité du comportement répréhensible.

L'expression laisse entendre également que la force ne doit pas être utilisée contre des adolescents, car elle risquerait de déclencher un comportement agressif ou antisocial. Elle ne doit pas non plus être appliquée au moyen d'objets comme une règle ou une ceinture et ne doit pas viser la tête. Bien que l'imposition de châtiments corporels ne soit pas raisonnable dans le contexte scolaire, les enseignants peuvent employer la force pour expulser un enfant de la classe ou pour assurer le respect des directives.<sup>82</sup>

Cette décision a été accueillie avec grande déception par les détracteurs de l'article 43 C.cr., au rang desquels se trouvent la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec et le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies<sup>83</sup>. Selon

---

82. Laura BARNETT, *La loi et le châtimement corporel : l'article 43 du Code criminel*, Ottawa, Division du droit et du gouvernement, Ottawa, 2008, citée dans COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 327.

83. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE, *Réaction de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse au jugement de la Cour suprême sur l'article 43 du Code criminel*, Montréal, Commission des droits de la personne et de la jeunesse, 2004, en ligne : <[http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/correction\\_enfant\\_reaction.pdf](http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/correction_enfant_reaction.pdf)>.

l'instance onusienne, l'article 43 C. cr. contrevient à l'article 19 de la Convention [internationale] relative aux droits de l'enfant (CDE)<sup>84</sup> qui consacre le droit de l'enfant d'être protégé contre « [...] toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales [...] pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié »<sup>85</sup>.

Au Canada, plusieurs parlementaires, dont la sénatrice Céline Hervieux-Payette, ont déposé des projets de loi d'initiative privée proposant l'abrogation de l'article 43 C.cr., mais aucun d'eux n'a franchi l'étape de l'adoption<sup>86</sup>. Ces projets de loi ont reçu des appuis de taille, dont celui de l'Association médicale canadienne qui regroupe plus de 80 000 médecins<sup>87</sup>. Bien que la question demeure toujours controversée, les experts du domaine psychosocial sont également de plus en plus nombreux à dénoncer les effets préjudiciables qui peuvent découler de l'usage de la force physique, même assortie des balises établies par la Cour suprême<sup>88</sup>.

Peu importe les débats qui peuvent diviser les experts sur les vertus éducatives de la punition corporelle, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies en vient quant à lui à un constat objectif : l'article 43 C.cr. autorise à l'égard de l'enfant la commission d'actes qui ne pourraient légalement se justifier à l'égard d'un adulte. Comme l'exprime la juge Marie Deschamps, dissidente dans l'arrêt rendu par la Cour suprême en 2004, la défense fondée sur le droit de correction modéré procède d'une « [...] conception traditionnelle des enfants considérés comme des possessions et capables de tirer des leçons de la violence physique que les pères, mères ou instituteurs

84. 20 novembre 1989, [1990] 1577 R.T.N.U. 3 (Résolution 44/25).

85. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT DES NATIONS UNIES, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 44 de la Convention. Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Canada*, CRC/C/15/Add.37, 20 juin 1995, par. 14 et 25 et CRC/C/15/Add.215, 27 octobre 2003, par. 32. Dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, la Cour suprême rejette cette interprétation, considérant que l'article 19 de la Convention relative aux droits de l'enfant n'exige pas l'abrogation de l'article 43 C.cr. (voir par. 33).

86. Voir la liste des projets de loi dans COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 543, note 1266.

87. *Ibid.*, p. 544, note 1267.

88. *Ibid.*, p. 545, note 1268.

pouvaient doser à leur guise »<sup>89</sup>. Une telle vision s'oppose catégoriquement à la conception de l'enfant « sujet de droit à part entière » qui émane de la CDE, que le Canada a ratifiée le 13 décembre 1991<sup>90</sup> et à laquelle le Québec s'est déclaré lié par décret le 9 décembre de la même année<sup>91</sup>.

Dans son rapport final, le Comité consultatif sur le droit de la famille a recommandé au législateur québécois d'exclure expressément la punition corporelle des attributs de l'autorité parentale en ajoutant ce deuxième alinéa à l'article 599 C.c.Q. :

**599.** Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Dans le cadre de leur mission, les parents, de même que toute autre personne exerçant l'autorité parentale, ne doivent pas infliger à l'enfant des punitions corporelles.<sup>92</sup>

Certes, ces précisions ne priveront pas les parents de l'immunité que leur reconnaît toujours l'article 43 C.cr. Elles seront toutefois porteuses d'un puissant message social : au Québec, l'autorité parentale ne permet pas de soustraire l'enfant aux droits à la sécurité, à l'intégrité et à la dignité dont bénéficie l'ensemble des justiciables en vertu des chartes canadienne et québécoise. S'il peut être rassurant de penser qu'il s'agit là du message qu'entendait passer le législateur québécois en 1994 en abrogeant la disposition conférant aux parents un droit de correction modérée et raisonnable sur la personne de leur enfant, on se doit maintenant de dissiper les doutes existants. D'implicite, le message doit aujourd'hui devenir clair et limpide.

---

89. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, par. 235.

90. Sur la portée de la Convention relative aux droits de l'enfant en droit québécois, telle que délimitée par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, voir Anne-Marie TRAHAN, « Les droits de l'enfant, la Convention des Nations Unies et l'arrêt Baker : une trilogie porteuse d'espoir », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 151.

91. *Décret 1676-91 du 9 décembre 1991 concernant la Convention relative aux droits de l'enfant*, (1992) 1 G.O. II, 51.

92. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 330.

### **2.3 Le partage de l'autorité parentale post-rupture**

Depuis la fin des années 70, « [l]es père et mère exercent ensemble l'autorité parentale »<sup>93</sup>. Comme l'écrivait le professeur Jean Pineau, cette disposition aujourd'hui énoncée au premier alinéa de l'article 600 C.c.Q. a consacré l'avènement de la « famille à deux chefs » ou « sans chef »<sup>94</sup>. Contrairement à la situation qui prévalait à l'époque de la puissance paternelle, le père n'a donc plus le dernier mot; en cas de désaccord parental, il revient au tribunal de trancher<sup>95</sup>.

Si le principe de collégialité est relativement simple à circonscrire durant la vie commune des parents, ses implications sont beaucoup moins évidentes à la suite de leur rupture. Le parent qui se voit confier la garde exclusive de l'enfant peut-il revendiquer un rôle prépondérant et tenir l'autre parent à l'écart de la vie de l'enfant ? En cas contraire, comment les prérogatives parentales seront-elles concrètement départagées ou réaménagées entre les parents séparés ? En d'autres termes, de quelle manière le parent qui ne bénéficie pas de la garde de l'enfant sera-t-il appelé à prendre part aux décisions qui le concernent ?

Jusqu'au début des années 2000, ces questions ont divisé la doctrine et la jurisprudence. La juriste Nicole Roy en décrit ainsi les tenants et aboutissants :

Pour certains, l'attribution de la garde à un seul des parents ne modifie le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale qu'en ce qui a trait aux décisions quotidiennes concernant l'enfant. Les deux parents demeurent donc, à moins d'une entente ou d'un jugement contraire, tenus de se consulter pour les décisions importantes (thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale). Pour d'autres, la garde confère l'exclusivité du pouvoir décisionnel pour toutes les décisions concernant l'enfant peu importe leur incidence sur la vie de ce dernier [...] (thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale).<sup>96</sup>

La « thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale » s'appuie sur le besoin de stabilité et de continuité de l'enfant.

---

93. *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72.

94. Jean PINEAU, « L'autorité dans la famille », (1965-1966) 7 *C. de D.* 201, 213.

95. C.c.Q., art. 604.

96. Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 53, 116.

L'importance de ce besoin justifierait que l'on concentre les pouvoirs décisionnels entre les mains du parent gardien et, corollairement, que l'on réduise l'implication du parent non gardien à sa plus simple expression. Ce dernier n'aura pas à être consulté, encore moins à participer à la décision. Ses droits se limiteront à être informé et au besoin, à s'adresser aux tribunaux pour contester les décisions qui ne lui apparaissent pas appropriées<sup>97</sup>. En revanche, la « thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale » repose sur le principe suivant lequel l'enfant a intérêt à maintenir une relation étroite avec chacun de ses parents. Tenir le parent non gardien à l'écart des grandes décisions qui concernent l'enfant irait à l'encontre de ce principe fondamental du droit de la famille.

Au-delà des divergences de vues que l'on peut entretenir sur l'intérêt de l'enfant, force est d'admettre que la seconde thèse s'harmonise davantage avec la définition de l'autorité parentale prévue au Code civil. En droit québécois, faut-il le rappeler, la garde de l'enfant n'est qu'un attribut de l'autorité parentale. Contrairement aux conceptions traditionnelles qui prévalent en common law, elle n'emporte pas l'autorité parentale<sup>98</sup>. Le parent qui, à la suite de la rupture, se voit confier la garde de l'enfant n'a donc pas carte blanche; toutes les décisions qui excèdent la gestion du quotidien doivent être prises d'un commun accord avec l'autre parent, à moins que celui-ci ne soit totalement ou partiellement déchu de l'autorité parentale. Sous cette réserve, le parent non gardien doit prendre part *a priori* au processus décisionnel, et non pas simplement réagir *a posteriori* à la décision arrêtée par le parent gardien.

C'est cette perspective conforme au droit québécois qui a finalement prévalu dans l'arrêt *D.W. c. A.G.*<sup>99</sup> rendu en 2003 par la Cour d'appel. Selon le plus haut tribunal de la province, « rien dans les articles 597 à 612 C.c.Q. n'indique que l'égalité d'autorité parentale voulue par le législateur entre les parents soit remise en question par le simple fait que la garde [soit] confiée à l'un d'entre eux »<sup>100</sup>.

---

97. C.c.Q., art. 612.

98. Michèle GIROUX, « Le partage des responsabilités parentales après une rupture : rôle et limites du droit », (2003) 105 *R. du N.* 87, 96.

99. [2003] R.J.Q. 1411 (C.A.).

100. *Ibid.*, par. 25. La Cour d'appel confirmera cette interprétation quelques années plus tard dans *Droit de la famille – 09746*, 2009 QCCA 623, peu importe que le partage de responsabilités parentales découle d'un jugement rendu en vertu de la *Loi sur le divorce* ou du Code civil.

Bien que la Cour d'appel n'en fasse nullement mention, sa décision s'inscrit dans les sillages de l'arrêt *C. (G.) c. V.F. (T.)*<sup>101</sup> où, en 1987, la Cour suprême reconnaissait qu'un enfant confié à la garde d'un tiers demeurait soumis à l'autorité parentale de ses parents. Un arrêt dont certains hésitaient toutefois à étendre la portée aux affaires de garde excluant la présence d'un tiers, en raison des opinions répétées de la juge L'Heureux-Dubé au soutien de la « thèse de l'exercice exclusif de l'autorité parentale »<sup>102</sup>. Qu'importe l'analyse expéditive de la Cour, le débat appartient maintenant au passé.

De nouvelles controverses pourraient cependant voir le jour au lendemain de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la *Loi sur le divorce*<sup>103</sup> qui remplacent les notions de garde et d'accès par le concept de « temps parental » et qui superposent à la notion d'autorité parentale celle de « responsabilités décisionnelles »<sup>104</sup>. Selon les nouveaux articles 16.1(1) et 16.3 :

**16.1** (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance prévoyant l'exercice du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de tout enfant à charge, sur demande :

- a) des époux ou de l'un d'eux;
- b) d'une personne – autre qu'un époux – qui est l'un des parents de l'enfant, lui en tient lieu ou a l'intention d'en tenir lieu.

**16.3** La responsabilité décisionnelle à l'égard d'un enfant ou des éléments de cette responsabilité peuvent être attribués à l'un ou l'autre des époux, aux deux époux ou à la personne visée à l'alinéa 16.1(1)b), ou selon toute autre combinaison de ceux-ci.<sup>105</sup>

Les concepts de « temps parental » et de « responsabilités décisionnelles » étant complètement dissociés, verra-t-on apparaître une pratique judiciaire où le parent qui obtient la majeure partie du temps parental se verra systématiquement confier l'ensemble des responsabilités décisionnelles, ce qui, en contexte de divorce,

101. [1987] 2 R.C.S. 244.

102. *Droit de la famille – 320*, [1987] R.D.F. 49 (C.A.); *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 et *S. (D.) c. W. (V.)*, [1996] 1 R.C.S. 108.

103. L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

104. *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> légis., 64-65-66-67-68 Elizabeth II.

105. *Ibid.*, art. 12.

reviendrait à réhabiliter indirectement la « thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale » ? Si tel est le cas, la réforme de la *Loi sur le divorce* pourrait bien accentuer les différences de traitement juridique entre enfants du mariage et enfants de l'union de fait. Au-delà de ces questionnements fondamentaux, on peut également s'interroger sur la validité constitutionnelle des modifications apportées, l'empiètement du législateur fédéral sur la compétence dont dispose le législateur provincial en droit privé pouvant difficilement se justifier sur la base des pouvoirs ancillaires qu'on lui a traditionnellement reconnus en matière de divorce.

## CONCLUSION

Cette revue fort partielle des décisions qui ont marqué le droit de la famille au cours des dernières décennies témoigne d'approches judiciaires très diversifiées, parfois empreintes de paradoxes. En matière de conjugalité, la Cour d'appel a fait preuve d'un conservatisme surprenant en assimilant les effets du mariage à des privilèges que le législateur peut légitimement réserver aux seuls époux en vertu du caractère socialement structurant de leur union. Depuis l'arrêt *Lola*, on croyait pourtant ce discours révolu, la dichotomie mariage – union de fait à la base du droit québécois ayant été validée par la Cour suprême au nom des principes d'autonomie de la volonté et de libre choix. En qualifiant d'« avantages » le régime juridique découlant du mariage et de « vide juridique préjudiciable » l'espace de liberté contractuelle que le Code civil réserve aux conjoints de fait, la Cour d'appel expose notre politique législative à de nouvelles contestations constitutionnelles... avec l'étonnante caution du ministère public ! Reste à espérer que la réforme du droit de la conjugalité annoncée par l'actuel gouvernement permettra d'y couper court une fois pour toutes<sup>106</sup>.

---

106. C'est ce que permettrait l'adoption du nouveau paradigme recommandé par le Comité consultatif sur le droit de la famille. Plutôt que d'opposer « couples mariés » et « couples en union de fait », le Comité suggère au législateur d'opposer « couples avec enfant » et « couples sans enfant ». Ce ne serait donc plus le mariage qui déterminerait l'application obligatoire des mécanismes de protection juridique et économique dont le droit de la famille est traditionnellement constitué, mais la présence d'un enfant, peu importe le statut du couple dont il est issu. Destinés à refléter l'interdépendance économique résultant de la présence de l'enfant, ces mécanismes pourraient emprunter différentes formes. Pour compenser les désavantages économiques que la présence de l'enfant aura pu causer à l'un des parents, le Comité suggère l'introduction d'une toute nouvelle mesure baptisée « prestation compensatoire parentale », (...à suivre)

Au chapitre du patrimoine familial, pièce de résistance des effets du mariage, les arrêts de la Cour d'appel et de la Cour suprême préconisent une approche large et libérale résolument favorable au conjoint créancier. Que ce soit à travers la reconnaissance de la transmissibilité du droit de créance résultant du partage du patrimoine familial, l'interprétation restrictive des motifs donnant ouverture au partage inégal ou le refus d'admettre la déductibilité des économies d'avant mariage, les tribunaux cherchent clairement à limiter l'accès aux échappatoires susceptibles d'avantager le conjoint débiteur<sup>107</sup>. À raison dans les deux premiers cas, mais à tort dans le troisième.

En matière de filiation et de parenté, le conservatisme de la Cour d'appel a fait place à l'audace. En reconnaissant la possibilité pour la conjointe ou le conjoint du père de l'enfant né d'une mère porteuse de l'adopter sur consentement de toutes les parties impliquées, la Cour d'appel a fait primer l'intérêt et les droits de l'enfant sur toutes les autres considérations applicables. Sa décision inspirera sûrement le législateur qui, dans le cadre de la réforme à venir, devra lui aussi placer le respect des droits de l'enfant au sommet de la hiérarchie... mais sans pour autant abandonner à son sort la

---

(suite...)

tout en demeurant conscient que d'autres pourraient privilégier un partage de biens automatique à l'image de ce que prévoient les dispositions relatives au patrimoine familial. S'agissant des couples sans enfant, le Comité propose de les aborder à la lumière des valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle. En mariage, ces valeurs justifieraient la mise en place d'un droit de retrait conventionnel aux différentes conséquences juridiques qui s'imposent actuellement aux époux, alors qu'en union de fait, elles sous-tendraient le *statu quo*. En d'autres termes, le mariage serait soumis à une logique d'« opting out », le législateur étant invité à présumer de la volonté commune des époux de se soumettre aux diverses mesures qui y sont traditionnellement rattachées, comme le patrimoine familial et les mesures de protection de la résidence familiale, mais en leur laissant la liberté de s'en soustraire par contrat de mariage notarié. En revanche, l'union de fait resterait soumise à une logique d'« opting in », le seul écoulement du temps ne justifiant pas, aux yeux du Comité, l'application de *facto* de droits et obligations mutuels entre les conjoints. Voir COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 137 et s. et Alain ROY, « Le droit de la famille à l'heure des choix », (2019) 2 *C.P. du N.* 97, 112-115.

107. S'en remettant à l'interprétation large et libérale que les dispositions relatives au patrimoine familial doivent recevoir en raison de leur vocation réparatrice, la Cour suprême a d'ailleurs refermé une autre porte dans l'arrêt *Yared c. Karam*, 2019 CSC 62, rendu au moment de la remise du présent texte, en considérant que la résidence familiale détenue en fiducie n'est pas en principe exclue du patrimoine familial.

mère porteuse, dont la vulnérabilité a été malencontreusement négligée par la même Cour d'appel quelques années plus tard. En acceptant l'idée qu'une mère porteuse puisse être dépossédée de la filiation maternelle d'origine sous prétexte qu'elle n'a pas reconnu l'enfant dans la déclaration de naissance, la Cour d'appel a ouvert une dangereuse brèche que le législateur aura intérêt à refermer clairement.

Que fera le législateur québécois des deux derniers enjeux analysés, dont le contrôle lui échappe ? Tant les conséquences criminelles du châtime<sup>n</sup>t corporel que le divorce étant de compétence fédérale, les gestes qu'il posera seront évidemment dépourvus d'effets juridiques. Ce n'est pas dire qu'il doive s'abstenir de toute forme d'intervention. La loi peut constituer un vecteur de messages sociaux et politiques fort efficace. En faire usage pour exclure formellement le recours à la force physique au chapitre de l'autorité parentale et pour réitérer la collégialité qu'implique la conception civiliste de l'autorité parentale pendant et après la vie commune des parents ne serait certainement pas dénué d'intérêt.