Document généré le 16 fév. 2025 01:46

Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

RDUS

Le droit de la filiation, cet insoumis

Nicholas Kasirer

Volume 52, numéro 3, 2023

Numéro spécial sur la réforme du droit de la famille

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1111678ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1111678ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)
2561-7087 (numérique)

Découvrir la revue

Citer ce document

Kasirer, N. (2023). Le droit de la filiation, cet insoumis. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, *52*(3), 601–607. https://doi.org/10.7202/1111678ar

Tous droits réservés © Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2023

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Le droit de la filiation, cet insoumis*

par **Nicholas KASIRER****

Vous me faites honneur, ce matin, en m'invitant à prendre la parole pour lancer ces travaux importants sur la réforme du droit de la famille. J'en suis fort touché; mais un juge mérite-t-il toutes ces belles attentions?

Je me permets de faire un constat bien simple et bien évident : c'est *l'université* et non la magistrature qui mène la réforme moderne du droit privé au Québec et, surtout, la réforme du droit de la famille qui fait l'objet de notre regard de ce matin.

On dirait même que les juges sont dans les pattes plus qu'autre chose lorsque la société entreprend de repenser la famille du droit – et les juges – dont moi-même, sans doute – sont parfois à la traine dans leur compréhension de la réalité sociale que le nouveau droit de la filiation est censé démêler, tantôt en imitant cette réalité, tantôt en proscrivant ces apparents excès.

Certes, à des moments dans l'histoire du droit au Québec, la magistrature prenait beaucoup de place quand l'État décidait de réformer son droit de la famille.

On peut penser à la Commission de « l'anti-réforme » des droits civils de la femme présidée par le juge d'appel Charles-Édouard Dorion en 1929. On n'oublie pas le mandat plutôt éphémère et, doit-on le dire, peu fécond, de l'ancien juge en chef de la Cour suprême nommé par Maurice Duplessis pour entreprendre la réforme (mal nommée!) du *Code civil du Bas-Canada*, exercice qui devait se faire selon les termes employés dans la loi de Duplessis en 1955, « en lui conservant ses caractères distinctifs[1] ».

Il est vrai qu'avant les professeurs, les professionnels du droit ont un peu mieux fait que les juges. C'est le cas du notaire Narcisse Pérodeau, qui a donné son nom à la réforme du droit des successions tant attendue par les femmes

---

* Ce texte reprend celui d'une allocution d'ouverture prononcée dans le cadre du colloque « Réforme du droit de la famille : quelles filiations et quels droits pour les enfants d'aujourd'hui? », qui s'est tenu le 25 mai 2022 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Il en a conservé le style oral.

** Juge à la Cour suprême du Canada.

1 *Loi concernant la révision du Code civil*, S.Q. 1954-55, c. 47, art. 1.

au début du XX^{e} siècle, et de l'avocate et députée Marie-Claire Kirkland dans les années 1960, dont l'intervention en faveur de l'émancipation de la femme mariée a été déterminante en 1964.

Or, une place de choix dans la réforme du droit de la famille revient aujourd'hui incontestablement à l'université. Force est de constater que les universitaires, et non les juges ou les professionnels du droit, sont les chefs de file de la refonte du droit privé au Québec depuis la nomination du professeur Paul-André Crépeau à la tête de l'Office de révision du Code civil en 1965, cinquante ans avant l'entrée en scène du professeur Alain Roy dans le cadre de la réforme actuelle du droit de la famille. Et j'ai une petite pensée pour Marie Gérin-Lajoie, cette professeure qui nous a tous devancés en pilotant dans les années 1930 la rénovation du régime matrimonial légal par l'ajout des biens réservés de la femme mariée – rappelons-le, faute d'être universitaire et diplômée en droit, Marie Gérin-Lajoie était néanmoins la première professeure de droit pour les femmes au Québec – ayant enseigné le droit de la famille dans les écoles normales, les cercles de fermières et autres groupes de femmes dans les années 1920 et 1930. Bref, quand on pense au rôle des professeurs dans la réforme du droit au Québec, on sait maintenant que le législateur choisit sagement ses conseillers juridiques.

Chapeau donc à l'université et aux universitaires qui prennent les devants dans l'organisation de ce colloque.

Saluons dès maintenant l'immense travail des professeures Malacket et Clouet; remercions notre hôte, le dynamique doyen Marquis et ses collègues au comité d'organisation de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke; et applaudissons la belle collaboration entre l'Université de Sherbrooke et l'Université de Montréal, ces facultés qui sont à l'avant-scène dans l'interrogation doctrinale des assises du droit de la filiation, et qui sont appuyées, dans ce processus, par des professeur.e.s, doctorant.e.s venant de tous les coins du Québec et d'ailleurs.

Loin du prétoire et des cabinets, proche des bibliothèques universitaires, la réforme du droit québécois est entre bonnes mains.

* * *

Si les universitaires jouent un rôle de leadership dans la mise en place des réformes, c'est l'œuvre du législateur qui sera scrutée à la loupe aujourd'hui. Nous allons regarder attentivement les textes nouveaux, oui, mais nourris d'idées anciennes et moins anciennes : les projets parentaux, les contrats de gestation pour autrui, les adoptions plus ou moins plénières – ces choses ne s'inventent pas.

Mais derrière le projet de Loi 2, que se profile-t-il? D'où vient ce « nouveau » droit de la filiation?

Autrefois, les mauvaises langues auraient dénoncé la vanité du législateur qui se dit capable de réaménager les rapports entre parents et enfants, par un coup de la masse cérémoniale à l'Assemblée nationale, en balayant des normes du « droit naturel » qui devaient s'imposer sur le droit positif.

On sait que la logique même du *Code civil du Québec* tel qu'adopté en 1980 et confirmé en 1991 – avec l'antinomie malcommode entre la filiation par le sang et la filiation adoptive – traduisait discrètement cette idée que la nature est la source première, sinon ultime, du droit de la filiation.

Je me rappelle de mon manuel du droit de la famille lors de mes études de droit à McGill qui traitait l'adoption comme une filiation « fictive », s'alignant sur une idée que le droit de la famille était davantage fixé par les puissances naturelles, difficiles sinon impossibles à dompter, même par la force d'une loi dument adoptée.

L'idée que la filiation est une construction sociale ne voulait pas percer à l'époque et, dirait-on, n'est pas tout à fait triomphante aujourd'hui.

Cela dit, il y a toujours eu en droit québécois une autre lecture des choses que celle consacrée – le mot n'est peut-être pas trop fort – par cette opposition manichéenne entre le construit et le donné.

Les rapports familiaux ne traduisent pas seulement les règles d'un supposé droit naturel; il existe des normes sociales qui, elles aussi, façonnent fortement les relations entre parent et enfant.

On peut se demander s'il y a un droit informel de la filiation au Québec issu de la « loi populaire », pour reprendre l'expression des sociologues Madeleine Ferron et Robert Cliche dans leurs études *Les Beaucerons, ces insoumis* (1972) et *Quand le peuple fait la loi* (1974)[2].

Je le confesse volontiers : ces ouvrages de Ferron et Cliche sont parmi mes livres préférés en droit québécois. La prémisse de ces études est facile à saisir si vous connaissez une Beauceronne ou un Beauceron : l'autrice et l'auteur relèvent des pratiques sociales propres à cette région du Québec – des traditions, la coutume dans le sens propre et juridique du terme – qui donneraient une identité à ce peuple « insoumis », insoumis aux normes venant d'ailleurs, quelles que soient leurs sources.

Ferron et Cliche ont marqué la culture québécoise de multiples façons – Robert Cliche : avocat, juge de la Cour provinciale, président de la Commission Cliche, du NPD-Québec, le Prix littéraire Robert-Cliche est nommé pour lui; Madeleine Ferron : brillante romancière, animatrice de radio, ethnologue, elle est la sœur de l'écrivain Jacques Ferron et de l'artiste Marcelle Ferron. Quelle famille!

Leur étude en deux parties porte donc sur le folklore et sur les normes sociales qui régissaient les rapports sociaux dans la région de la Beauce au Québec. Mais c'est un document juridique de première importance, qui devrait figurer dans les lectures obligatoires de toutes les facultés de droit au pays.

Les deux sociologues du droit y expliquent que la loi populaire est faite de « l'ensemble des conventions qu'établissent, entre eux, les membres d'un groupe déterminé, dans un endroit déterminé, pour régler leurs relations[3] ». La loi populaire de Cliche et Ferron s'oppose à ce qu'ils appellent la loi officielle; elle la complète, souvent elle la précède; plus rarement elle se dresse

2 Madeleine Ferron et Robert Cliche, *Les Beaucerons, ces insoumis, suivi de Quand le peuple fait la loi*, Montréal, Hurtubise HMH, 1982.

3 *Id*., p. 241.

contra legem. C'est un droit coutumier marqué par l'oralité, sanctionné par l'*opinio juris*, c'est-à-dire le sentiment de l'obligatoire qui s'attache à la norme et, doublé de l'usage constant d'une pratique locale, s'impose comme règle contraignante, avec toute la force du droit.

Ferron et Cliche offrent une série de récits tirés de différents aspects de la vie sociale afin d'illustrer comment cette loi populaire applicable en Beauce régit, par exemple, le droit des contrats, les servitudes, les successions, le droit de la chasse, le droit municipal et – c'est ce qui nous intéresse ce matin – le droit de la famille.

Quelles leçons comporte ce travail pour nous, qui réfléchissons à l'avenir du droit de la filiation?

Ferron et Cliche donnent, comme exemple de la loi populaire, la manière dont la filiation par adoption s'organisait en Beauce avant la promulgation, en 1924, de la première loi provinciale en la matière[4]. Ils décrivent une magnifique mise en scène qui – soutiennent-ils – se produisait par nécessité au pays des Beaucerons.

La jeune fille de 16 ans, seule et enceinte, camouflait son état pour les neuf mois pendant que sa propre mère simulait une grossesse. Le jour de l'accouchement, la jeune fille est accompagnée par la sage-femme au grenier de la maison familiale. La mère de la jeune fille se trouve dans la chambre-à-coucher, un étage plus bas, au lit, « en geignant avec force et naturel » pour reprendre l'expression de Ferron et Cliche.

L'enfant est né de la jeune fille au grenier. La sage-femme le prend dans ses bras et descend l'escalier menant à la chambre où se trouve la « mère » qui, on le sait, est en fait la grand-mère biologique du bébé. Une substitution se fait, marquant la première étape de l'adoption à venir.

Au rez-de-chaussée, le père de la jeune fille – grand-père de son état, selon la loi officielle, mais subitement père de cet enfant selon cette pratique adoptive beauceronne – attendait les nouvelles de la sage-femme avec des voisins, le notaire et le curé. Ils n'étaient pas dupes, mais tous acceptaient

4 *Id*., p. 291-295.

le stratagème qui marquerait le début d'une sorte de possession d'état. Une complicité généreuse, écrivent Ferron et Cliche, semblait unir la communauté en vue de formaliser cette adoption officieuse et, surtout, de protéger la jeune fille-mère et cet enfant, devenu légitime du fait de cette naissance particulière. *Nomen, fama, tractatus,* je n'en sais rien, mais un acte de baptême sera éventuellement dressé par le curé, qui était dans le coup – une sorte d'adoption a eu lieu, et la loi officielle se voit doucement fraudée.

Quand le peuple fait la loi, les parents sont identifiés autrement – contrairement au Code civil, disent nos auteurs, les vrais parents sont ceux qui élèvent et aiment l'enfant comme le leur. La mentalité populaire, écrivent Ferron et Cliche, n'accepte pas l'esprit de la loi officielle qui « favorise surtout les géniteurs[5] ». Puisant sa légitimité dans la primauté du droit qui reconnaît la force obligatoire de la coutume, la norme sociale peut être aussi forte et contraignante que la loi dans le cœur des parents et des enfants, comme nous le suggèrent Ferron et Cliche.

Vous me direz que c'est du folklore et que c'est « une fraude à la loi », et là vous n'aurez pas entièrement tort. Mais en méditant les dispositions proposées par la Loi 2 aujourd'hui, nous ne devons pas tenir pour acquis que la force obligatoire de la loi – incontestable – ne tient pas compte, dans son énoncé et dans son interprétation, de cette loi populaire. Et parfois la coutume fait irruption, pour employer le mot de M. Carbonnier, dans la loi officielle : c'est le cas miraculeux de la reconnaissance au Québec de l'adoption coutumière autochtone dans les textes du Code civil.

Nous savons, par exemple, que les pratiques établies en clinique en matière de procréation assistée ont influencé, ici et ailleurs, le développement de la façon dont on appréhende la parenté par la loi. Nous savons aussi que des conceptions du couple et du genre qui se sont développées en marge de la loi seront maintenant reçues, en plus ou moins grande pompe, au sein du Code civil. Le projet parental impliquant une gestation pour autrui, la présomption de parenté, le matériel reproductif du tiers, les traces de la famille d'origine au sens de la famille d'adoption – tous ces phénomènes ne sont pas entièrement contrôlés par un législateur qui n'est peut-être pas tout à fait omnipuissant.

5 *Id*., p. 294 et 295.

Tout comme le législateur n'arrive pas à faire taire la nature des choses en élaborant son Code, il n'arrive pas, non plus, à écarter les normes sociales du portrait familial, même en déployant son arme puissante des règles d'ordre public. Chassez la coutume, elle revient au galop.

Voici la leçon que nous offre ce splendide livre de Ferron et Cliche au moment de la troisième lecture de la Loi 2 que nous étudions. Gare à la vanité de la loi et aux prétentions pan-juridiques des acteurs et des institutions du droit formel, et ne faisons pas la sourde oreille, dans l'engouement pour une réforme de la loi bien ficelée ou non, aux pratiques coutumières et au droit informel de la filiation.

On le sait, par ailleurs : cette leçon n'est pas particulièrement nouvelle, et elle n'est ni propre à la Beauce ni au droit de la filiation au Québec[6].

Merci et bon colloque.

6 Voir, par exemple : Gaston Morin, *La révolte des faits contre le Code,* Paris, Grasset, 1920.