

UN CODE CIVIL À BÂTIR ...

Marcel Guy

Volume 12, numéro 2, 1982

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1110301ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1110301ar>

[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 cet article

Guy, M. (1982). UN CODE CIVIL À BÂTIR ... *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 12(2), 471–482. <https://doi.org/10.7202/1110301ar>

UN CODE CIVIL À BÂTIR ...*

par Marcel GUY **

L'adoption par l'Assemblée nationale, le 19 décembre 1980, du Projet de loi no 89¹ est le premier aboutissement législatif d'importance, depuis une décennie, des travaux de l'Office de révision du Code civil. Auparavant, des réformes plus parcellaires avaient été adoptées touchant la capacité juridique de la femme mariée en 1964, la célébration civile du mariage en 1968, les régimes matrimoniaux en 1969, les enfants naturels en 1970 et l'autorité parentale en 1977.

Cette *Loi instituant un nouveau Code civil ...* se veut une réforme aussi complète, intégrée et cohérente que possible du droit de la famille, notamment dans la perspective d'un nouveau partage des compétences législatives et juridictionnelles en ce domaine. Dans ce sens, le nouveau Code civil du Québec marque une évolution sur le Code civil du Bas-Canada qui ne comprend ni la matière d'adoption ni la matière de divorce.

Cette *Loi* institue en outre un nouveau cadre juridique pour accueillir la réforme du droit civil du Québec. Cette solution était sans doute la plus appropriée pour recevoir le Livre deuxième – *De la famille*, qui constitue l'un des neuf Livres du nouveau Code civil, tels que proposés par l'Office de révision du Code civil. En effet, on ne reconstruit pas aisément un code de neuf étages à l'intérieur d'une structure de trois étages déjà vieille de plus d'un siècle.

Le Québec vivra donc, pendant un temps indéterminé, avec deux codes civils: le Code civil du Bas-Canada et le Code civil du Québec. Le préambule de la *Loi instituant un nouveau Code civil ...* est non équivoque à cet égard. En effet, l'un des considérants stipule qu'il convient d'instituer un nouveau Code civil, mais qu'il importe d'échelonner l'adoption de ses différentes parties en raison de l'ampleur des réformes proposées et des études qu'elles requièrent. Ce n'est qu'une fois adoptées et mises en vigueur toutes les parties du nouveau Code civil du Québec que le Code civil du Bas-Canada se

* Causerie prononcée devant les Anciens de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, le 17 octobre 1981.

** Notaire et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39; ci-après nommée *Loi instituant un nouveau Code civil ...*

trouvera vidé de son contenu par suite de l'abrogation correspondante de ses dispositions. Certains de nos collègues se sentent gênés de cette situation probablement unique au monde. Mais les solutions ne sont pas tellement nombreuses. Les représentants de la France, au récent colloque international sur la codification: valeurs et langage², nous ont fait voir, pour leur part, la difficulté qu'a éprouvée le législateur français à introduire dans le Code de 1804 le nouveau droit de la famille adopté au cours de la dernière décennie. Nous les comprenons. Le vin nouveau est celui qui fait parfois craquer les vieilles outres. C'est pourquoi, chez nous, le vin nouveau a été mis dans une outre neuve.

Le Rapport de l'Office de révision du Code civil déposé par le ministre de la Justice à l'Assemblée nationale, le 20 juin 1978, est beaucoup plus qu'un effort de modernisation du langage et des techniques de notre Code civil. Il est d'abord et avant tout un projet de réforme en profondeur des valeurs et des institutions de droit privé de notre société. Il ne faudrait pas trop s'étonner dès lors que le gouvernement entende conserver l'initiative de ces réformes et décider du rythme de leur adoption, puisque, de toute façon, il en répondra.

Pour ce qui est des études que le gouvernement déclare vouloir mener avant de s'engager plus avant dans certaines réformes, qu'il nous suffise d'en énumérer quelques-unes à propos desquelles l'Office de révision du Code civil reconnaît lui-même qu'elles sont nécessaires mais qu'elles n'ont pas été entreprises, parce qu'elles dépassaient de beaucoup son mandat. Il s'agit plus souvent d'études de coûts et de rentabilité et parfois de structures relatives notamment à la création d'un registre central des actes de l'état civil, à la création d'un bureau central de publication des droits, à la réforme du cadastre et, enfin, à la création d'un Fonds d'indemnisation, par suite du transfert au Conservateur des registres de la responsabilité de déterminer l'état des titres de propriété³.

Aussi, après avoir procédé à l'inventaire du Rapport de l'Office de révision du Code civil et effectué un certain nombre d'évaluations préliminaires, le Gouvernement du Québec a décidé de procéder à la réforme globale du Code civil, mais d'échelonner l'adoption de ses différentes parties. Le Québec n'est pas le seul pays à procéder à la réforme de son code civil par des adoptions partielles successives. Un

2. Colloque international de droit civil comparé, Montréal, 1er, 2 et 3 octobre 1981, organisé par le Conseil de la langue française, l'Institut de droit comparé de l'Université McGill et l'Université de Montréal.

3. *Rapport sur le Code civil du Québec*, 1977, vol. II, Commentaires, T. I, pp. 11 et ss., T. 2, pp. 939 et ss.

relevé, fort incomplet, indique que la France, la Belgique, la Suisse, l'Allemagne, l'Autriche, l'Argentine et l'Italie procèdent aussi de cette manière.

Toutes ces raisons, cependant, ne doivent pas faire oublier au législateur québécois l'objectif qu'il s'est lui-même fixé dans la *Loi instituant un nouveau Code civil ...*: celui de doter le Québec d'un tout nouveau Code civil à vocation générale en droit privé.

Cet objectif, en effet, pourrait être compromis si le législateur procédait de façon trop parcellaire plutôt que par sous-ensembles, créant ainsi des zones d'incohérence dans le système de droit privé et d'incertitude dans la détermination de la règle de droit applicable. Ces sous-ensembles, croyons-nous, pourraient être constitués par le regroupement des Livres qui présentent des affinités. Ainsi: 1° des personnes, de la famille et des successions; 2° des biens, comprenant les sûretés réelles, et de la publication des droits; 3° des obligations, comprenant les contrats nommés, de la preuve et de la prescription; et 4° du droit international privé.

Cet objectif pourrait encore être compromis si le législateur étendait sur une période de temps trop longue son processus d'adoption du nouveau Code civil. En effet, il pourrait en résulter un mélange de techniques et de styles législatifs incompatibles avec la nécessaire unité d'un Code civil, d'où une incohérence encore plus grande que la première entre les règles de droit privé. Il n'en est pas d'un Code civil comme d'un monument historique, même si le Code civil est parfois considéré comme un monument.

Enfin, cet objectif serait irrémédiablement compromis si, d'une part, le législateur québécois continuait de céder aux pressions constantes qui s'exercent sur lui pour que des pans entiers du droit privé passent sous la compétence de différents ministères et se développent plus allègrement dans des lois spéciales et si, d'autre part, il ne forçait pas rapidement l'intégration dans le Code civil des domaines qui relèvent de la vocation générale de ce dernier et qui lui échappent encore. Pensons en particulier au domaine de la protection du consommateur.

À tout événement, le premier pas est franchi, puisque le Code civil du Québec a vu le jour. Plus encore, la volonté législative de doter le Québec d'un Code civil à vocation générale est devenue pratiquement irréversible depuis le 19 décembre 1980. En effet, le législateur, en poussant l'anticipation jusqu'à commencer son nouveau Code civil par le Livre deuxième et l'article 400, créait ainsi la nécessité de continuer l'oeuvre.

Arrêtons-nous maintenant à certaines lignes de force de la *Loi instituant un nouveau Code civil ...* et dont une partie importante a été mise en vigueur le 2 avril 1981.

La famille, comme chacun sait, transcende le droit et le déborde de tous côtés. Ainsi, les relations qui se tissent au sein de la famille relèvent davantage d'autres ordres, celui des moeurs, de la religion, de la morale, par exemple, que de la loi, de sorte que, selon l'expression du professeur Malaurie⁴, si les unes sont en crise, les autres le sont aussi.

Or, la famille, depuis le début du siècle et notamment depuis la fin de la deuxième guerre mondiale (1945), est en profonde mutation. Les uns n'hésitent pas à parler de crise menant droit à la dislocation de la famille. D'autres, plus sereins, voient dans ces changements une famille qui s'adapte et se façonne de nouveaux cadres de vie. La famille ne peut pas disparaître, disent-ils, elle fait partie d'une sorte de patrimoine permanent de l'humanité⁵.

C'est dans ce contexte largement ouvert à l'évolution et à la pluralité des opinions que le législateur québécois a adopté la réforme du droit de la famille en 1980. Je tenterai d'éclairer certaines facettes de cette réforme en utilisant une grille d'analyse fort simple qui me permettra de situer, d'abord, la famille dans ses sources et, ensuite, les époux et les enfants dans la famille.

PREMIÈRE PARTIE:

LA FAMILLE DANS SES SOURCES

Les nombreux mémoires soumis à la Commission parlementaire de la Justice, en mars 1979, ont fait largement état de la famille issue du mariage et de la famille issue de l'union libre ou concubinage. Je m'en tiendrai principalement à l'examen de ces deux sources de la famille qui ont fait l'objet d'une révision dans la *Loi instituant un nouveau Code civil ...*

-
4. Archives de philosophie du droit no 20: réformes du droit de la famille, *Mariage et concubinage en droit français contemporain*, p. 28, Paris, 1975.
 5. Voir F. ELKIN, *La famille au Canada*, avril 1964, Congrès Canadien de la famille, p. 8; Marc-André BEDARD, ministre de la Justice, *Journal des débats de l'Assemblée nationale du Québec*, vol. 23, no 15, p. 606 (4 décembre 1980).

Pendant des siècles, l'institution du mariage a constitué la seule source véritable de légitimité de la famille, tant sur le plan moral que sur le plan juridique. Certes, l'évolution des moeurs des dernières décennies et l'intervention du législateur notamment en 1969, en matière d'adoption, en 1970, relativement à l'enfant naturel, et en 1977, en matière d'autorité parentale, ont favorisé un rapprochement réel entre les familles naturelles, adoptives et légitimes, tout en laissant subsister encore des inégalités de droit fort nombreuses entre elles. Il a fallu attendre l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil* ... pour voir consacrer définitivement et sans réserve l'égalité des enfants, qu'ils soient issus de la procréation en mariage, de la procréation hors mariage ou qu'ils tiennent leur filiation de l'adoption (C.C.Q., arts 594 et 628). Pour ce faire, le concept juridique de légitimité de la famille a été abandonné de même que le processus de légitimation des enfants par mariage ou par adoption. Les moyens de preuve de la filiation ont été libéralisés et uniformisés pour tous les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance. Ainsi, la filiation dérivant de la procréation hors mariage ne procurant plus à l'enfant un état juridique inférieur à celui qui dérive de la procréation en mariage, il n'a pas paru cohérent de maintenir des régimes de preuve systématiquement différents (C.C.Q., arts 572 et 573). La présomption de paternité découlant du mariage a perdu du même coup son caractère absolu. Elle peut être dorénavant contestée par la mère, parce qu'elle ne joue plus son rôle traditionnel de légitimation de l'enfant. Elle fournit tout au plus à l'enfant un moyen de preuve pour l'assurer d'une filiation, et c'est sans doute pour cette raison qu'elle a été conservée. Les successions *ab intestat* s'ouvrent maintenant sans distinction à tous les enfants, quelle que soit leur filiation. Les donations aux enfants incestueux ou adultérins cessent d'être limitées aux aliments. Enfin, l'obligation alimentaire s'étend sans distinction aux parents en ligne directe hors mariage comme en mariage.

Cette égalité des enfants, fondée sur la seule donnée de leur filiation, suscite, cependant, certaines inquiétudes sur la place faite au mariage et au concubinage dans la réforme du droit de la famille.

a) Le mariage

Le mariage, selon le doyen Carbonnier, semble répondre à une nécessité, physique et morale, de l'espèce humaine. La nécessité physique n'est pas celle de la conjonction sexuelle et de la génération, car des rapports épisodiques entre homme et femme, à plus forte raison une union libre quelconque, un concubinage, pourraient tout aussi bien y satisfaire: il faut plutôt penser, dit-il, à l'éducation des enfants, incomparablement plus longue dans l'espèce humaine que

partout ailleurs, ce qui postule entre les deux éducateurs, également utiles, une association durable. Quant à la nécessité morale, chaque homme l'éprouve dans le sentiment qu'il a d'être mortel: c'est, pour lui, une manière exaltante de lutter contre sa fragilité que de se lier pour la vie, c'est-à-dire jusqu'à la mort; le mariage tire de là, même depuis qu'il est laïcisé (en France), une sorte de gravité religieuse qui lui est propre, et qui le sépare de l'union libre⁶.

C'est sans doute parce qu'il partage substantiellement cette vision du mariage que le législateur québécois réaffirme le caractère civil et religieux de cet acte et qu'il le considère en même temps comme un contrat revêtant un caractère solennel et comme une institution dont on ne peut se dégager qu'à la suite d'un contrôle judiciaire nécessaire, malgré un certain assouplissement des causes de dissolution. Il est encore trop tôt pour parler de divorce par consentement mutuel pur et simple dans notre droit.

b) Concubinage ou union libre

Sur l'invitation de l'Office de révision du Code civil⁷ et suite aux différents mémoires soumis à la Commission parlementaire de la Justice, le législateur québécois a été amené à se prononcer sur la reconnaissance, dans le Code civil du Québec, du concubinage comme d'un état donnant ouverture à un régime juridique plus ou moins assimilable à celui du mariage. Cette solution a été rejetée, comme en France d'ailleurs, pour de multiples motifs. On peut en préciser quelques-uns dans les termes suivants: liberté des couples dans l'organisation de leur vie familiale, incohérence d'un système juridique qui proposerait deux régimes à contenu impératif différent pour des personnes vivant une même vie de couple, absence d'études scientifiques au Québec sur l'importance du concubinage et sa durée moyenne dans la vie des couples, absence de contrôle administratif d'un état qu'on voudrait pourtant invoquer quotidiennement pour exercer les droits qui en découlent, moyen détourné de vivre légalement une vie de couple que des empêchements de mariage pourraient prohiber par ailleurs au nom de l'ordre public. Sur ce dernier aspect, il est intéressant de noter qu'une enquête relativement récente en France⁸ a amené le professeur Malaurie à présenter une typologie fort intéressante de l'union libre basée sur les motifs des concubins.

6. *Droit civil, 2 – La Famille, les incapacités*, P.U.F., 11e éd., 1979, Paris, p. 27.

7. *Rapport sur le Code civil du Québec*, Volume I, Projet de Code civil, 1977, p. 63, art. 49.

8. Archives de philosophie du droit no 20 ..., *op. cit.*, note 4, p. 22.

En premier lieu, le genre le plus important en nombre, le concubinage adultérin, environ 40% de cas, paraît-il: le mariage est impossible parce qu'un des concubins – ou les deux – est marié avec un tiers. Dans d'autres cas, le mariage n'a pas lieu parce que les concubins ont voulu conserver leur liberté: il s'agit alors d'une union vraiment précaire, d'une union totalement libre. Ou bien encore, le mariage n'a pas eu lieu parce qu'un des concubins n'a pas voulu le mariage pour des raisons sociales ou d'éducation: c'est l'équivalent du concubinage romain, qui paraît actuellement survivre. Ou bien encore, le mariage n'a pas eu lieu, par indifférence ou hostilité aux institutions bourgeoises que le mariage représente: c'est le contre-mariage ou conformisme des profondeurs.

Ce refus du législateur de reconnaître dans le nouveau Code civil du Québec le concubinage peut paraître incompatible avec la notion d'égalité juridique des enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance. Mais il n'en est rien. En effet, l'égalité juridique des enfants, dans la *Loi instituant un nouveau Code civil* ... est fonction de leur seule filiation et non du mariage ou du concubinage de leurs parents. D'autre part, la notion d'autorité parentale s'étend aux parents sans distinction, qu'ils soient unis par le lien du mariage ou pas.

Toutefois, il n'est pas sans intérêt de souligner que le législateur québécois, en abrogeant l'article 768 du Code civil du Bas-Canada, a tout de même fait sortir le concubinage du domaine de l'illicite présumé ou déclaré et permis de ce fait aux concubins de conclure entre eux toutes les ententes que permet, dans notre droit, l'exercice de la liberté contractuelle⁹.

Ce refus du législateur de reconnaître dans le Code civil du Québec le concubinage peut paraître incohérent avec l'existence de mesures législatives particulières de plus en plus nombreuses, étendant aux concubins les avantages sociaux généralement reconnus aux époux, qu'il s'agisse du maintien dans les lieux, du régime des rentes, etc. Là aussi, il n'en est rien. C'est une chose pour le législateur que d'assurer la sécurité et la protection des citoyens. Mais c'est une toute autre chose que d'institutionnaliser dans le Code civil l'état de vie des concubins.

D'ailleurs, le concubinage est peut-être un phénomène provisoire. Les pays qui l'observent depuis plusieurs décennies constatent qu'il s'agit là d'un phénomène fort sensible à divers facteurs: simpli-

9. Marcel GUY, "Les accords entre concubins et entre époux après la Loi 89", (1981) 1 C.P. du N. 157.

fication des formalités du mariage, influence des mouvements chrétiens sociaux, incidences des lois sociales, déclin de l'idéologie libérale, etc.¹⁰.

DEUXIÈME PARTIE:

LES ÉPOUX ET LES ENFANTS DANS LA FAMILLE

La *Loi instituant un nouveau Code civil ...* a consacré l'égalité juridique des époux dans la famille et en a tiré, par une logique parfois impitoyable, des applications qui suscitent encore chez certains quelques étonnements, pour ne pas dire quelques inquiétudes.

Disons d'abord que c'est la fin du long règne de la prééminence juridique du mari sur son épouse. C'est une ère nouvelle qui s'ouvre en droit. Aucun époux n'y échappe. Les règles relatives aux droits et aux devoirs des époux sont impératives, de sorte que les époux ne peuvent y déroger, quel que soit leur régime matrimonial (C.C.Q., art. 440).

a) Direction de la famille

L'une des mesures les plus significatives de cette réforme touche la direction de la famille. Ensemble désormais, et sur un pied de stricte égalité, les époux assurent la direction morale et matérielle de la famille, exercent l'autorité parentale et assument les tâches qui en découlent (C.C.Q., art. 443). Ces pouvoirs qui s'exerceront très souvent séparément par les époux pour des raisons de nécessité, malgré l'énoncé du principe ENSEMBLE, engageront aussi le patrimoine du conjoint pour le tout, si les époux ne sont pas séparés de corps, du moins pour les besoins courants de la famille (C.C.Q., art. 446).

b) Le choix de la résidence familiale et le domicile des époux

Une autre des applications du principe de l'égalité des époux est le choix de concert de la résidence familiale (C.C.Q., art. 444). Cette disposition aussi met fin au long règne du choix de la résidence familiale par le mari seul, qui imposait à la femme de le suivre pour demeurer partout où il décidait de fixer la résidence familiale, sous réserve de certains cas d'exceptions (C.C.B. -C., art. 175). Il ne faudrait pas tirer de cette règle nouvelle, cependant, une obligation pour les époux de cosigner le bail ou l'acte d'achat de la résidence. En

10. DUPLESSIS-LE GUELINEL, *Les mariages en France*, 1954, 132, 142.

effet, le choix de la résidence est un acte de codirection de la famille. La location ou l'acquisition de la résidence sont des actes d'administration qui relèvent des pouvoirs que confère le régime matrimonial à chacun des époux sur ses biens.

Cette disposition fait aussi disparaître la notion de domicile légal à laquelle référerait l'ancien article 83 du Code civil du Bas-Canada, pour la remplacer par la notion de domicile commun des époux, plus conforme à l'esprit de l'article 444 du Code civil du Québec, ou par le domicile propre à chacun d'eux, lorsque les époux vivent séparés.

c) Le nom des époux et des enfants

Le doyen Carbonnier, à propos du nom patronymique, précise qu'il est le dernier bastion de la prépondérance maritale en France. Ce qui est en cause, dit-il, n'est pas seulement que la femme porte le nom du mari, mais encore et surtout que seul le nom du mari soit transmis aux enfants. D'autres modèles législatifs sont concevables, ajoute-t-il, mais ils auraient à compter avec une forte résistance des moeurs¹¹.

On sait que le Québec vient de se donner par la *Loi instituant un nouveau Code civil ...*, adoptée à l'unanimité en Chambre, un nouveau modèle législatif relativement au nom. La résistance des moeurs sera-t-elle aussi forte chez nous? Rien, actuellement, ne permet de penser que ce modèle sera rejeté, malgré quelques voix contraires entendues jusqu'à ce jour. D'autant plus que la place faite à la souplesse et à la liberté de chacun y est particulièrement grande.

1. Le nom des époux

La femme n'a jamais perdu juridiquement son nom par le mariage. Elle l'utilisait même assez souvent dans ses actes. Elle rencontra, cependant, de sérieuses résistances quand il s'agissait pour elle de le faire respecter par ceux qui invoquaient plutôt la coutume qui voulait qu'elle portât le nom de son mari en toutes circonstances, notamment pour ses actes juridiques (C.C.B.-C., art. 56a).

La *Loi instituant un nouveau Code civil ...* vient donner à la femme, par rapport à son nom, un statut d'égalité juridique avec son mari. Chacun des époux conserve, en mariage, ses nom et prénom; il exerce ses droits civils sous ces nom et prénom (C.C.Q., art 442). C'est donc le rejet d'une image de dépendance socio-économique de la femme dans le couple marié. C'est aussi l'extension de la règle de la fixité du nom aux femmes mariées comme à tout autre individu.

11. *Op. cit.*, note 6, p. 111.

Comme il se devait, cette *Loi* a tenu compte de la situation historique en reconnaissant à la femme mariée avant le 2 avril 1981 le droit de conserver l'usage du nom de son conjoint si elle le désire¹².

2. Le nom des enfants

Peu d'articles de la *Loi instituant un nouveau Code civil ...* auront suscité autant de réactions immédiates que l'article 56.1 du Code civil du Bas-Canada. Les unes favorables; d'autres, moins.

On touche là aux moeurs notamment à une coutume bien ancrée chez nous depuis près de deux siècles et que les anciens articles 54 et 56a du Code civil du Bas-Canada avaient en quelque sorte consacrée. Auparavant, le système de création des noms était, comme en France, vivant, mobile et imaginaire. On n'a qu'à penser aux Latulippe, Laviolette, Lebeuf, Legrand, Petit, etc. En France, "une ordonnance de François 1er, puis la loi du 6 fructidor an 11 (23 août 1793) ont foudroyé cet artisanat de la patronymie. Le système est devenu tout à coup rigide: le fils prend le patronyme de son père et le transmet à ses propres enfants"¹³. Les époux français ne peuvent plus désormais choisir librement, comme ils le faisaient pourtant jusqu'à la Révolution, de donner à leurs enfants le nom du père ou celui de la mère.

Ce modèle rigide, que seule la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁴ permet d'assouplir chez nous dans de très rares circonstances, n'a pas été repris par la *Loi instituant un nouveau Code civil ...* Ainsi, dans une famille on pourra donner à l'enfant le nom du père. Dans une autre, on préférera lui donner le nom de la mère. Dans une troisième, on lui attribuera plutôt un nom composé de celui du père et de la mère. Fantaisie du législateur!¹⁵ Une réflexion plus poussée sur le dossier du nom des enfants permettra sans doute d'y voir plus clair.

Le législateur québécois a consacré le principe de l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale (C.C.Q., arts 645 et ss.). Il faut bien reconnaître que la règle d'attribution du seul nom du père à l'enfant constituait un accroc sérieux à ce principe. Elle était discriminatoire. D'autre part, ce sont les parents qui exercent l'autorité parentale sur les enfants jusqu'à leur majorité ou leur émancipa-

12. L.Q. 1980, c. 39, art. 79.

13. La revue Marie-Claire, mars 1981, p. 18.

14. L.R.Q., c. C-10.

15. Monique OUELLETTE, *Droit des personnes et de la famille*, 13e éd., Cours de Thémis, 1981, p. 69.

tion (C.C.Q., art. 646). Ils décident notamment de leur éducation religieuse, morale, sociale, etc. Seraient-ils moins aptes à poser le premier geste d'autorité parentale que représente l'attribution du nom à leurs enfants? Certains ont fait état, et parfois de façon caricaturale, du sens des responsabilités dont les parents pourraient faire preuve dans l'utilisation de cette règle, en attribuant à leurs enfants, délibérément et sans raison valable, des noms différents. On pourrait, de façon tout aussi caricaturale, remettre en cause la liberté qu'ils exercent aussi dans le choix de l'éducation religieuse de leurs enfants, en faisant l'hypothèse fantaisiste qu'ils éduqueront chacun de leurs enfants dans des religions différentes. Je résiste, pour ma part, à cette tentation, préférant faire confiance au sens traditionnel des responsabilités des parents vis-à-vis leurs enfants, qu'il s'agisse de leur donner un nom ou de les éduquer. Sans compter que, dans l'état actuel du système administratif des actes de naissance, il n'est pas possible de contrer en temps utile une telle initiative. En effet, le fonctionnaire chargé d'inscrire la naissance d'un enfant ne peut pas toujours savoir s'il s'agit d'un premier enfant ou d'un deuxième, etc. D'ailleurs, il sera toujours temps pour le législateur d'intervenir s'il constate un abus d'exercice de l'autorité parentale dans ce domaine.

On pourrait aussi invoquer en faveur de cette règle nouvelle qu'elle dissimulera davantage les circonstances de la naissance d'un enfant dans son propre intérêt. Actuellement, il faut bien en convenir, si un enfant ne porte pas le nom de son père, c'est qu'il est né hors mariage de ses parents. L'enfant porte alors dans son nom les traces des circonstances de sa naissance.

Enfin, j'aimerais faire écho aux inquiétudes de deux types de spécialistes qui s'intéressent professionnellement à l'évolution des noms de famille: le spécialiste de la généalogie et le spécialiste d'onomastique (cette science des noms propres).

Le premier s'est manifesté de manière plutôt interrogative face à la nouvelle règle d'attribution du nom au Québec. En raison du choix laissé aux parents, le généalogiste pourra-t-il encore remonter la filière de la filiation pour établir l'arbre généalogique de la famille? D'une part, le problème n'est pas nouveau, puisque le système de création des noms a déjà été vivant, mobile et imaginatif, ce qui n'a empêché aucun québécois de remonter la filière de sa filiation jusqu'au XVI^e siècle au moins. D'autre part, les généalogistes réussissent aussi bien à établir l'arbre généalogique de la mère que celui du père, même si le nom de celle-ci n'a pas été transmis depuis près de deux siècles. Enfin, ce n'est pas tant par le nom que par la filiation qu'on établit l'arbre généalogique de la famille. Heureusement qu'il

en est ainsi, car autrement on aurait du mal à bâtir l'arbre généalogique des Tremblay au Québec. Ils ne sont quand même pas tous frères, même s'ils portent le même nom de famille.

Pour ce qui est du spécialiste d'onomastique, c'est un cri d'alarme qu'il vient de lancer par la voix de Michel Tesnière, l'un des meilleurs spécialistes français en la matière: *nos noms de famille sont en train de mourir*¹⁶. Les deux raisons qu'il invoque: la rigidité du système du nom depuis deux siècles et la règle d'attribution du seul nom du père à l'enfant.

La France, dit-il, n'est pas la seule à être touchée par ce phénomène d'homonymie: aux États-Unis, les dix noms de famille les plus courants sont portés par 13 millions de personnes. Un américain sur cent se nomme Smith. Ce nivellement des noms frappe aussi durement la Scandinavie, où l'on ne compte plus les Olson, Petersen et Andersen. Les Schmidt allemands, eux aussi, sont légion: chaque année, d'ailleurs, on organise une gigantesque "fête des Schmidt", présidée, bien sûr, par le chancelier Helmut Schmidt. Quant aux Tremblay québécois, dit-il, ils contrôlent les deux tiers de certaines villes.

Le Québec serait-il alors, avec la *Loi instituant un nouveau Code civil* ..., à l'avant-garde de la protection du patrimoine anthroponymique?

Je ne voudrais pas prolonger davantage cette réflexion sur les lignes de force de la réforme du droit de la famille. Il reste encore beaucoup à dire et le recul du temps sera nécessaire pour éclairer la portée exacte des réformes les plus importantes.

16. La revue Marie-Claire, mars 1981, p. 16.