Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales[1] Le rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille

Alain Roy, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Le 23 janvier 2013, la Cour suprême du Canada rendait son jugement dans la cause connue du grand public sous le nom de *Éric* c. *Lola*[2]. À cinq juges contre quatre, le plus haut tribunal du pays confirmait la validité constitutionnelle de la politique législative du Québec en matière conjugale. Vieille de 30 ans[3], cette politique réserve les droits et obligations du Code civil aux seuls conjoints mariés ou unis civilement, les conjoints de fait ne pouvant pour leur part en revendiquer directement l'application. N'ayant pas fait le choix commun de se lier légalement, ceux-ci se voient imputer une volonté par défaut, celle de vivre leur conjugalité en marge des mesures que le Code civil prévoit au profit des conjoints unis par le mariage ou l'union civile.

Au-delà des conclusions légales de la Cour suprême, le débat judiciaire entourant l'affaire *Éric* c. *Lola* aura permis de mettre en lumière l'évolution des réalités conjugales et familiales qu'a connue le Québec au cours des 30 dernières années. Si les règles du Code civil que le législateur a adoptées au tournant des années 80 répondent aux exigences de la charte canadienne des droits et libertés, il se pourrait bien qu'elles ne soient plus tout à fait en phase avec les besoins des couples et des familles d'aujourd'hui. À la suite du jugement de la Cour suprême, plusieurs ont donc interpelé le ministère de la Justice du Québec pour le sensibiliser à l'importance d'une réflexion globale sur le droit de la famille. Le ministre de l'époque, Me Bertrand St-Arnaud, a entendu ces nombreuses voix en créant, le 19 avril 2013, le Comité consultatif sur le droit de la famille (ci-après « le Comité »), dont il a confié la présidence à Alain Roy, juriste et professeur à l'Université de

1 Le présent texte constitue une version légèrement remaniée de l'article intitulé « Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales. Le rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille », publié dans les Développements récents en droit familial (2015), Service de la formation permanente du Barreau, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

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

3 *Loi instituant le Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 89.

ARUC Séparation parentale Recomposition familiale
Débats et enjeux
ISSN 2292-7069 Débats et enjeux (En ligne)

Montréal. Composé de dix experts provenant à la fois du milieu juridique et du domaine des sciences sociales[4], le Comité s'est vu attribuer la responsabilité de proposer une réforme globale du droit de la famille, tant dans ses dimensions conjugale que filiale.

Après plus de deux ans d'intenses travaux, le Comité a remis, le 8 juin dernier, son rapport final à l'actuelle ministre de la Justice, Me Stéphanie Vallée. Le présent texte décrit les grands axes de ce rapport. Outre la présentation des principes-directeurs qui ont guidé l'ensemble de nos réflexions, ce texte expose les quatre orientations autour desquelles s'articulent les recommandations du Comité et les régimes juridiques qui en découlent.

Le lecteur ne doit pas s'attendre à trouver dans ce texte la synthèse de tous les enjeux abordés dans le rapport. Il doit également demeurer conscient que les thèmes choisis sont présentés à grands traits, sans les nuances qui traduisent la richesse des réflexions du Comité. S'il veut connaître tous les tenants et aboutissants de la réforme proposée, il devra consulter le rapport.

1. Les principes-directeurs à la base de la réforme

On ne saurait réfléchir à une réforme du droit de la famille sans d'abord s'interroger sur la finalité des dispositions qui le composent et sur les valeurs fondamentales qui le sous-tendent. Pourquoi le droit de la famille? Quelle en est précisément la vocation? Quelles sont les grandes valeurs qu'il entend promouvoir? Toute proposition de réforme visant à réorganiser les droits et obligations des membres de la famille doit être analysée à la lumière de ces questionnements fondamentaux. À défaut, l'exercice perdrait en légitimité. En somme, les changements proposés n'auront de sens et d'intérêt que s'ils permettent au droit de la famille de mieux remplir la mission sociale et juridique qu'on lui attribue, et ce, dans le respect des valeurs fondamentales qui caractérisent la société québécoise. La réflexion préliminaire que s'est imposé le Comité lui a permis de dégager six grands principes directeurs. Ces principes constituent les postulats à partir desquels les orientations de réforme proposées doivent être appréhendées.

1.1 L'intérêt et les droits de l'enfant au cœur des priorités[5]

Le droit de la famille doit refléter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant; il doit en toutes circonstances promouvoir ses droits avec force et conviction. C'est d'ailleurs ce que propose la *Convention internationale des droits de l'enfant* que le Canada a ratifiée en 1991 et à laquelle le Québec s'est déclaré lié par décret la même année.

1.2 Une réponse inclusive et adaptée à la diversité des couples et des familles[6]

Le droit de la famille ne doit pas servir à légitimer un modèle conjugal ou familial au détriment d'un autre; au contraire, il doit

4 Les experts membres du Comité sont : M.-J. Brodeur, D. Goubau, S. Guillet, C. Lalonde, J. Lambert, C. Le Bourdais, R. Madore, A. Roberge et M.-C. Saint-Jacques.

5 COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.) (2015). *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, p. 75

6 Ibid, p. 76.

La première orientation retenue par le Comité suppose la mise en place d'un tout nouveau « régime parental impératif ». En vertu de ce régime, les parents d'un enfant commun seraient mutuellement tenus à certaines obligations l'un envers l'autre, peu importe qu'ils soient mariés ou en union de fait.

s'adapter à la diversité et à l'hétérogénéité des familles qui caractérisent la société québécoise[7].

1.3 L'enfant, une responsabilité commune, source d'interdépendance[8]

Le droit de la famille doit reconnaître la principale source d'interdépendance familiale que constitue la prise en charge d'un enfant.

1.4 Le couple, un espace d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle[9]

Sous réserve des obligations mutuelles que leur statut parental pourra éventuellement justifier et des principes d'équité, le droit de la famille doit refléter l'égalité formelle des conjoints, qu'ils soient mariés ou non, en leur donnant le pouvoir d'aménager librement le cadre juridique de leurs rapports conjugaux.

1.5 Des justiciables éclairés sur leurs droits et leurs obligations[10]

Les choix et consentements dont pourra dépendre l'application des règles juridiques qui composent le droit de la famille doivent être éclairés; à cette fin, l'État doit non seulement aménager dans la loi les conditions susceptibles d'assurer la qualité des consentements, mais il doit également faire preuve de leadership en se reconnaissant la responsabilité d'informer le mieux possible les justiciables de leurs droits et de leurs obligations.

1.6 Une justice familiale accessible[11]

L'État doit promouvoir l'accès à la justice familiale par la mise en place de mesures et d'outils favorisant l'exercice des droits et le respect des obligations et, s'il y a lieu, la médiation des parties au litige familial, en accord avec le droit et l'équité.

Sur la base de ces six principes-directeurs, le Comité a adopté 82 recommandations[12]. La section suivante présente les grandes orientations autour desquelles s'articulent ces recommandations.

2. Les orientations de la réforme

La première orientation retenue par le Comité suppose la mise en place d'un tout nouveau « régime parental impératif ». En

7 Contrairement à la situation qui prévalait autrefois, les familles d'aujourd'hui ne se créent plus nécessairement autour du noyau formé par un couple marié. Les modèles familiaux sont désormais multiples et variés : familles où le couple vit en union de fait, familles monoparentales, familles homoparentales, familles recomposées, etc. Que ce soit en mariage ou en union de fait, les couples sont davantage précaires et de moins longue durée qu'auparavant. Par ailleurs, plus de la moitié des naissances sont issues de couples en union de fait et les familles recomposées représentent maintenant une portion importante des couples avec enfants. Ces données, tout comme les autres énoncées au chapitre sociodémographique du rapport (p. 35-71), sont révélatrices de profondes mutations sociales.

8 Ibid, p. 77.

9 Ibid, p. 78.

10 Ibid, p. 79.

11 Ibid, p. 81.

12 Ibid, p. 549 à 582.

vertu de ce régime, les parents d'un enfant commun seraient mutuellement tenus à certaines obligations l'un envers l'autre, peu importe qu'ils soient mariés ou en union de fait. On parle donc ici d'un nouveau lien juridique horizontal entre les parents de l'enfant qui serait assorti d'un contenu juridique obligatoire.

La deuxième orientation porte sur la conjugalité à proprement parler, ou en d'autres termes, sur le « régime conjugal ». Le Comité propose au législateur de reconnaître expressément dans le Code civil les deux formes de conjugalité que sont le mariage et l'union de fait, mais en tablant dans les deux cas sur les valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle des conjoints.

Déjà, ces deux premières orientations permettent de saisir l'économie générale du droit de la famille que propose le Comité. Deux statuts donnant lieu à leur propre régime juridique sont concurremment envisagés : d'une part, le statut conjugal (soit le fait pour deux personnes de faire vie commune en mariage ou en union de fait) et, d'autre part, le statut parental (soit le fait pour deux personnes d'avoir un enfant en commun). Selon le Comité, la base sur laquelle le législateur peut légitimement s'appuyer pour imposer ou non des obligations mutuelles en matière familiale ne doit pas être fonction du statut conjugal ou, en d'autres termes, ne doit pas simplement tenir au fait que des personnes sont mariées ou en union de fait, comme c'est le cas actuellement. Ce n'est donc pas la forme juridique de l'union conjugale qui doit justifier l'imposition d'obligations mutuelles entre les parties, mais bien le statut parental que ces parties pourraient éventuellement acquérir. En d'autres termes, qu'ils soient mariés ou en union de fait, les conjoints qui n'ont pas d'enfant commun à charge devraient avoir la liberté d'aménager conventionnellement le cadre juridique de leur relation. Mais dès lors qu'ils deviennent parents d'un enfant commun, ces mêmes conjoints devraient se voir imposer, en leur qualité de parents, certaines obligations mutuelles. C'est donc l'enfant, et non plus le mariage, qui deviendrait le critère ou la justification des obligations que prescrit l'État en matière familiale.

Comment le Comité justifie-t-il cette proposition? Par la finalité même du droit de la famille. Le droit de la famille a pour mission première de refléter l'interdépendance conjugale et familiale. Or, la simple vie commune de conjoints n'est pas nécessairement source d'interdépendance entre eux, que ce soit en mariage ou en union de fait. Pensons simplement aux conjoints qui s'unissent à 65 ans ou aux deux jeunes conjoints sans enfant qui ont chacun leur propre carrière et qui peuvent prétendre à l'autonomie financière. En revanche, la venue d'un enfant, elle, placera généralement le couple en situation d'interdépendance, d'où le régime parental impératif que le Comité propose d'instaurer.

La troisième orientation suppose le réaménagement du régime de la filiation à la lumière des droits de l'enfant. Quant à la quatrième et dernière orientation, elle suppose la mise en place d'un régime

d'autorité parentale également centré sur la protection des droits de l'enfant et le respect de son intérêt.

3. Les régimes juridiques

Reprenons maintenant chacun des quatre régimes juridiques proposés pour en préciser davantage la portée et le contenu.

3.1 Le régime parental impératif[13]

Qu'implique concrètement le « régime parental impératif »? Pour l'essentiel, quels sont les droits et les obligations mutuels dont serait assorti le nouveau lien juridique horizontal entre les parents d'un enfant commun à charge? Deux séries de mesures sont envisagées. La première concerne les parents qui font vie commune, peu importe que ce soit en mariage ou en union de fait, tandis que la deuxième réfère à l'après-vie commune ou à la situation des parents qui n'ont jamais fait vie commune sous une forme ou sous une autre.

3.1.1 Vie commune

Dans la mesure où les parents font vie commune, le régime parental impératif les soumettrait d'abord aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale qui ne sont actuellement applicables qu'en mariage, qu'il y ait enfant(s) ou pas[14]. À la fin de la vie commune, le régime parental impératif obligerait également les parents à répartir équitablement entre eux les désavantages économiques qu'aura pu causer l'exercice de leur rôle parental durant la vie commune[15]. Pour y parvenir, le Comité propose l'instauration d'une nouvelle mesure de nature compensatoire :

> *Le parent qui, dans l'exercice du rôle parental qu'il a assumé durant sa vie commune avec l'autre parent, a subi des désavantages économiques qui ne sont pas proportionnels à ceux qu'a pu subir ce dernier, compte tenu des facultés respectives de chacun, a droit d'obtenir de lui une prestation destinée à le compenser de ces désavantages et de leurs conséquences futures prévisibles.*
>
> *La demande doit être faite dans les trois ans de la cessation de la vie commune, sauf circonstances exceptionnelles. Toutefois, si la vie commune cesse par le décès, la demande doit être faite dans l'année du décès de l'autre parent.*

Selon le Comité, puisque l'enfant est une responsabilité commune des parents, les désavantages économiques que le rôle parental peut occasionner ne doivent pas être supportés par un seul parent; ils doivent plutôt être proportionnellement répartis entre les deux parents. La mesure suggérée, il faut le préciser clairement, n'implique pas un partage de biens de type « patrimoine familial ». Il ne s'agit pas non plus d'une obligation alimentaire qui imposerait à un parent le devoir de subvenir aux besoins de l'autre parent après la rupture. On ne parle ni d'un partage de biens systématique, ni d'une nouvelle obligation alimentaire qui assujettirait les parents à une obligation

13 Ibid, p. 93-136.

14 Ibid, p. 96-99.

15 Ibid, p. 99-123.

de solidarité mutuelle. L'idée est plutôt de reconnaître au parent qui a subi des désavantages économiques en raison de la nature du rôle parental qu'il a exercé durant la vie commune le droit de réclamer une compensation à celui qui n'en a pas subi ou qui en a subi moins, toute proportion gardée. En fait, pour le Comité, si un seul parent subit des pertes de revenus, d'avantages sociaux, d'ancienneté, d'avancement ou d'opportunités professionnelles en raison du rôle parental qu'il a assumé auprès de l'enfant (qui, faut-il le répéter, représente une responsabilité commune), il n'est que justice que l'autre le compense au jour de la rupture en fonction des moyens à sa disposition.

Dans un souci de déjudiciarisation, le Comité recommande formellement au législateur d'établir des lignes directrices qui permettront aux parties et à leurs procureurs de fixer la compensation à partir de paramètres objectifs. Évidemment, il ne revenait pas au Comité d'établir ces lignes directrices qui nécessiteront une expertise particulière sur le plan comptable et actuariel. Une annexe du rapport est toutefois consacrée au sujet (Annexe 6).

3.1.2 Après-vie commune ou absence de toute vie commune entre les parents[16]

Après la vie commune des parents ou s'il n'y a jamais eu vie commune entre eux, le Comité s'en remet à un principe de responsabilité individuelle. Chaque parent sera bien sûr tenu de s'acquitter de son obligation alimentaire envers l'enfant commun, comme c'est le cas actuellement, mais il n'aura pas à compenser l'autre parent pour les désavantages économiques que ce dernier pourrait subir en raison des charges parentales qui auront été aménagées en fonction du critère de l'intérêt de l'enfant. Le Comité propose toutefois une exception à ce principe : si un parent fait défaut à ses obligations parentales et que, de ce fait, il cause des désavantages économiques à l'autre parent, une compensation pourra lui être réclamée. Pensons simplement au parent qui s'est désengagé ou désintéressé de l'enfant et qui, incidemment, force l'autre à faire des compromis additionnels sur sa carrière qu'il n'aurait pas eu à faire autrement.

3.2 Le régime conjugal

Sous réserve des obligations prévues au « régime parental impératif » dont il a été question au point précédent, le régime juridique applicable aux couples que propose le Comité est résolument axé sur l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle des conjoints, tant en matière de mariage que d'union de fait.

3.2.1 Le mariage[17]

En vertu du droit actuel, les époux ne sont pas libres d'aménager le cadre de leurs rapports juridiques, peu importe qu'ils aient des enfants à charge ou non. Ils sont automatiquement soumis à des obligations mutuelles, comme le partage du patrimoine familial, et ce, même s'ils se marient en secondes noces à 65 ans ou que chacun des époux est parfaitement autonome sur le plan économique. Selon le Comité, le législateur devrait prévoir un droit de retrait

16 Ibid, p. 124-136.

17 Ibid, p. 160-197.

à ces obligations mutuelles. Il devrait donner aux époux la possibilité de se soustraire par contrat de mariage, en tout ou en partie, avant ou pendant le mariage, au contenu juridique qui accompagne le statut matrimonial. Certes, si les époux ont un enfant à charge, le « régime parental impératif » dont il a été question au point précédent se superposera au « régime conjugal ». Dès lors, les époux ne seront plus uniquement époux; ils seront aussi parents. Or, en cette dernière qualité, un autre lien de droit sera créé entre eux, celui-là assorti d'effets juridiques obligatoires.

Pourquoi ce droit de retrait en matière de mariage? Parce qu'on ne peut pas nécessairement inférer du consentement au mariage un consentement aux effets légaux qui en résultent. Le mariage, ne l'oublions pas, n'est pas seulement qu'une institution juridique; il s'agit aussi d'une institution religieuse, sociale et culturelle. Un couple peut donc vouloir le mariage en raison de ce que l'institution représente sur le plan religieux, social ou culturel, mais sans les effets juridiques qui y sont normalement assortis. Afin de garantir le caractère éclairé des consentements au mariage, le célébrant hériterait d'une nouvelle obligation, celle d'obtenir des futurs époux une attestation délivrée par un notaire ou un avocat confirmant qu'ils ont été informés des droits et obligations résultant du mariage, à moins que, lui-même juge, avocat ou notaire, le célébrant se charge de leur fournir l'information pertinente. L'attestation pourrait être délivrée au terme d'une consultation que les futurs époux auront sollicitée auprès d'un notaire ou d'un avocat de leur choix. Le ministère de la Justice pourra également étudier la possibilité de tenir à intervalles réguliers des séances d'information collective auxquelles pourront prendre part les couples candidats au mariage aux fins d'obtenir l'attestation exigée.

3.2.2 L'union de fait[18]

En matière d'union de fait, les valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle doivent être également préservées. Aux yeux du Comité, ces valeurs impliquent que l'on n'assortisse pas *de facto* la vie commune des conjoints de fait de droits et d'obligations mutuels. En fait, le Comité recommande le maintien du *statu quo*. Cela dit, sur le plan pratique, le mécanisme par lequel les conjoints de fait peuvent adhérer d'un commun accord à un cadre de droits et d'obligations mutuels, c'est-à-dire le contrat d'union de fait, devrait devenir plus accessible. Des efforts importants devraient être faits par le gouvernement pour « démocratiser » le contrat d'union de fait, notamment par la mise en place de formulaires simples et par la diffusion continue d'informations ciblées auprès des principaux intéressés. De manière plus générale, d'ailleurs, le Comité recommande au gouvernement de se doter d'une véritable politique de diffusion du droit de la famille[19].

Bref, dans la perspective proposée, le régime juridique du mariage reposerait sur une logique d'«opting out» (droit de retrait), ce qui serait une nouveauté par rapport au droit actuel (puisque les époux ne peuvent actuellement pas déroger aux « effets du mariage »), tandis que le régime juridique de

18 Ibid, p. 140-159.

19 Ibid, p. 347-356.

l'union de fait resterait fondé sur la logique d'« opting in » qui prévaut actuellement et dont la Cour suprême a reconnu la validité constitutionnelle dans la cause *Éric* c. *Lola* (sous réserve, précisons-le encore une fois, des droits et des obligations prévus au « régime parental impératif » qui se superposeront au régime conjugal si les conjoints, mariés ou en union de fait, deviennent parents d'un enfant commun).

3.3 Le régime de la filiation

Tel que précédemment mentionné, la troisième orientation préconisée par le Comité suppose le réaménagement du droit de la filiation à la lumière des droits de l'enfant. Cette orientation se matérialise d'abord par le resserrement des règles qui régissent l'établissement de la filiation des enfants nés d'une procréation naturelle (actuellement appelée la « filiation par le sang »)[20] et de ceux issus d'une procréation assistée classique au sens où l'entend aujourd'hui le Code civil (don de sperme ou d'ovule)[21]. Plus fondamentalement, cette troisième orientation se traduit également par l'aménagement d'un cadre juridique qui reconnaîtrait certains effets au projet parental impliquant le recours à une mère porteuse[22]. Deux principes-cadres ont guidé la réflexion du Comité :

1. Peu importe les sentiments mitigés que le projet parental impliquant le recours à une mère porteuse peut parfois susciter, peu importe la désapprobation morale sous l'angle de laquelle certains peuvent aborder

20 Ibid, p. 205-225.

21 Ibid, p. 226-244.

22 Ibid, p. 245-280.

Cette [troisième] orientation se matérialise d'abord par le resserrement des règles qui régissent l'établissement de la filiation des enfants nés d'une procréation naturelle [...] et de ceux issus d'une procréation assistée [...].

la problématique, une chose est claire : la réalité existe et il ne sert absolument à rien de la nier. Des enfants naissent et continueront de naître de mères porteuses. Or, en tout état de cause, l'enfant issu d'un tel arrangement ne doit d'aucune manière être pénalisé pour les actes posés par les adultes; il en va de son intérêt et du respect de ses droits. Agir autrement nous ramènerait à l'époque des enfants illégitimes que l'on privait de droits parce que l'on jugeait immorales les circonstances de leur naissance. Certes, les sanctions pénales prévues dans la *Loi [fédérale] sur la procréation assistée* continueront de s'appliquer aux parties en cas de manquements aux normes qui y sont prescrites (rémunération de la mère porteuse, âge minimal de la mère porteuse, etc.), tout comme les sanctions prévues dans la *Loi [québécoise] sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée* (qui visent essentiellement le personnel clinique). On ne saurait toutefois invoquer ces manquements, dont l'enfant n'est aucunement responsable, pour le priver de la filiation à laquelle il a droit;

2. Peu importe leurs motivations profondes, les femmes qui acceptent d'agir à titre de mères porteuses ne doivent pas être abandonnées à leur sort; il en va de leur protection et du respect de leur dignité.

Inspiré par ces deux principes-cadres, le Comité propose l'établissement d'un cadre juridique qui, après la naissance de l'enfant, permettrait d'établir sa filiation avec les parents d'intention, mais seulement du consentement de toutes les parties. À cette fin, deux procédures parallèles sont proposées, soit une procédure administrative et une procédure judiciaire.

i. Procédure administrative

La procédure administrative permettrait l'établissement de la filiation de l'enfant après la naissance sur déclaration au directeur de l'état civil transmise dans les 30 jours de la naissance. Cette procédure ne s'appliquerait que si des formalités permettant d'assortir le projet parental de certaines garanties éthiques ont été accomplies par les parties avant même la conception de l'enfant :

- D'une part, le projet parental devrait avoir été reçu devant notaire. La preuve de l'antériorité du projet parental par rapport à la conception de l'enfant serait ainsi acquise en raison du caractère authentique de l'acte notarié et de la date qu'il porte[23]. En sa qualité d'officier public impartial et de conseiller juridique, le notaire devra évidemment s'assurer de la légalité du projet parental, eu égard notamment au droit fondamental de la mère porteuse de disposer de son corps comme elle l'entend. Le notaire devra de plus fournir aux parties l'éclairage juridique nécessaire et s'assurer de la validité de leur consentement respectif;
- D'autre part, chaque partie devrait avoir été individuellement rencontrée par un professionnel du centre jeunesse qui l'aura informée des enjeux psychosociaux du projet parental et des questions éthiques qu'il soulève. Une attestation de cette rencontre devrait être annexée à l'acte notarié.

23 Par nature, le projet parental doit être en effet antérieur à la date de la conception. Admettre qu'il puisse y être postérieur reviendrait à permettre à une femme enceinte de contourner les règles de l'adoption en cherchant elle-même des parents à l'enfant à naître.

ii. Procédure judiciaire

Les parties qui n'auraient pas accompli ces formalités préalables ne pourraient pas se prévaloir de la voie administrative. Cependant, dans l'intérêt de l'enfant, elles pourraient se prévaloir d'une autre voie, la voie judiciaire, forcément plus lourde et plus complexe. Elles auraient alors l'obligation de s'adresser au tribunal dans les 60 jours de la naissance pour faire la preuve de leur projet parental et de son antériorité par rapport à la date de la conception et pour prouver le consentement de chacune des parties à la finalisation du projet parental. Ce n'est qu'à cette condition que le tribunal pourrait substituer la filiation des parents d'intention avec l'enfant à celle de la mère porteuse. La simplicité de la voie administrative par rapport à la voie judiciaire devrait inciter les parties à s'en prévaloir. Cet effet incitatif devrait avoir lui-même pour conséquence de drainer les parties qui souhaitent recourir à une mère porteuse vers la voie la plus éthique.

Tel que précédemment mentionné, ces deux procédures ne pourraient être utilisées que si, et seulement si, toutes les parties consentent après la naissance à donner suite au projet parental. Comme c'est le cas présentement, le projet parental ne serait donc aucunement exécutoire à l'encontre de la mère porteuse en ce sens qu'on ne pourrait pas la contraindre à remettre l'enfant après la naissance. Dans le cadre de la voie administrative, la mère porteuse disposerait également d'un droit de rétractation (de consentement) dans les 30 jours de la naissance. En revanche, le projet parental serait en partie exécutoire à l'encontre des parents d'intention, contrairement à la situation qui prévaut actuellement. Ainsi, dans la mesure où la mère porteuse entendait donner suite au projet parental, mais que les parents d'intention ne voulaient plus de l'enfant, soit en raison de l'évolution de leur situation personnelle ou de l'état de l'enfant, leur responsabilité financière serait engagée à l'égard de l'enfant et de la mère porteuse.

Enfin, dans le cadre de cette troisième orientation, le Comité propose également la reconnaissance, dans la Charte québécoise des droits et libertés, du droit fondamental de l'enfant à la connaissance de ses origines, tant en matière d'adoption que de procréation médicalement assistée[24]. Selon le Comité, le principe de confidentialité des dossiers d'adoption et de procréation médicalement assistée auquel se butent actuellement les personnes qui veulent connaître l'identité de leurs parents d'origine ou du donneur à l'origine de leur existence est socialement et juridiquement inacceptable. Si le législateur va de l'avant avec cette recommandation, le Québec se trouvera à joindre le rang des États pour lesquels l'histoire de l'enfant, dans toutes ses dimensions, n'appartient à personne d'autre qu'à lui-même.

3.4 Le régime d'autorité parentale

La quatrième et dernière orientation suppose la mise en place d'un régime d'autorité parentale résolument centré sur la protection des droits de l'enfant et le respect de son intérêt.

3.4.1 Beau-parent[25]

Sensible au phénomène des familles recomposées, le Comité propose ici d'assortir le statut de beau-parent de certains effets juridiques, en fonction de la place ou du rôle qu'il occupe dans la vie de l'enfant.

24 Ibid, p. 283-300.

25 Ibid, p. 307-324.

Le beau-parent qui agit *in loco parentis* à l'égard de l'enfant est celui qui fait office de « parent de remplacement » à part entière ou de « parent de substitution ». On ne réfère donc pas ici au conjoint d'un parent qui partage simplement la vie de l'enfant et qui fait preuve de générosité à son endroit; on réfère plutôt au conjoint d'un parent qui, dans les faits, assume avec ce parent l'ensemble des responsabilités parentales à l'égard de l'enfant, tant sur le plan financier que relationnel, prenant ainsi le relais de l'autre parent qui n'est plus du tout présent dans la vie de l'enfant, que ce soit en raison de son décès ou de son désengagement. En vertu de la *Loi [fédérale] sur le divorce*, le beau-parent qui a agi ainsi *in loco parentis* durant le mariage est tenu à une obligation alimentaire envers l'enfant de son conjoint (avec lequel il n'a pourtant pas de lien de filiation); il lui est par ailleurs loisible d'en réclamer la garde aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent à un véritable parent. Le Code civil ne comporte pas l'équivalent de cette règle, ce qui entraîne une inégalité entre les enfants. En effet, si le beau-parent *in loco parentis* est marié avec le parent, il sera tenu aux obligations susmentionnées prévues dans la *Loi [fédérale] sur le divorce*. En revanche, s'il n'est pas marié, il sera soustrait à ces obligations puisqu'on devra alors s'en remettre au Code civil. Selon le Comité, aux conditions très strictes ci-dessus énoncées (parent de remplacement ou de substitution - prise en charge complète de l'ensemble des responsabilités parentales - décès de l'autre parent ou absence factuelle), la règle *in loco parentis* devrait s'appliquer, peu importe que le beau-parent soit ou non marié avec le parent de l'enfant. Autrement dit, la forme de l'union conjugale du parent et de son conjoint ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits de l'enfant. Comme parent de remplacement, le beau-parent *in loco parentis* s'est engagé ou commis envers l'enfant; les faits traduisent une forme de « commitment ». Or, qu'il soit ou non uni par le mariage avec le parent de l'enfant, le beau-parent qui s'est ainsi engagé ne devrait pas pouvoir, au jour de la rupture, rompre unilatéralement cet engagement avec l'enfant.

Pour les autres cas de beau-parent, le Comité suggère d'instaurer une présomption équivalente à celle dont jouissent les grands-parents depuis la réforme de 1980 :

> *L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents et avec le conjoint ou l'ex-conjoint de son parent, dans la mesure où il a développé avec ce dernier des liens significatifs. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.*

Ainsi, dès lors que l'on établirait l'existence de liens significatifs entre l'enfant et le beau-parent, la loi présumerait qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de maintenir ces liens sous une forme ou sous une autre après la rupture conjugale. Il importe de mentionner que ce droit ne se traduirait pas nécessairement par l'octroi d'un droit d'accès au beau-parent. Comme c'est le cas pour les grands-parents, il pourrait s'agir d'un simple contact téléphonique ou par « Skype » à intervalles réguliers. Il reviendrait au tribunal d'établir la formule la plus conforme à l'intérêt de l'enfant concerné.

3.4.2 Punition corporelle (p. 325-330)

Enfin, le Comité recommande au législateur québécois de bannir en toutes lettres dans le Code civil, au chapitre de l'autorité parentale, le recours à la punition corporelle :

> *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.*

Le Comité est pleinement conscient que le législateur québécois n'a aucune prise sur l'article 43 du Code criminel canadien qui accorde actuellement une immunité aux parents ayant eu recours à une force physique dite « raisonnable » pour corriger leur enfant. Néanmoins, l'ajout qu'il propose au Code civil lui semble porteur d'un puissant message social : au Québec, l'autorité parentale ne doit pas permettre de soustraire l'enfant aux droits à la sécurité, à l'intégrité et à la dignité dont bénéficient l'ensemble des justiciables en vertu des Chartes canadienne et québécoise.

Le rapport final du Comité consultatif sur le droit de la famille représente l'aboutissement d'un long processus. Deux ans de discussions et de réflexions, parfois vives et enflammées. Des échanges passionnés, mais toujours respectueux. Des enjeux délicats à chaque intersection. Le sentiment de participer à quelque chose d'important, et pour cause. La famille... les enfants..., n'est-ce pas ce qu'il y a de plus fondamental? N'est-ce pas là ce qui, par-delà nos trajectoires de vie, nos parcours professionnels, nos différences, nous ramène à l'essentiel? Voilà sans doute ce pourquoi nous avons tous accepté, sans hésiter, de relever l'imposant défi que nous a confié le ministère de la Justice du Québec en avril 2013, celui de tracer les grandes lignes d'une réforme du droit de la famille.

La balle est maintenant dans le camp des autorités ministérielles!

Pour citer ce document:

Roy, A. (2016). *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales. Le rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille.* Collection Débats et enjeux (7), Québec, ARUC – Séparation parentale, recomposition familiale.

Les textes de la collection Débats et enjeux sont publiés sous la direction de Caroline Robitaille et Marie-Christine Saint-Jacques.

Pour en savoir plus

L'ARUC – Séparation parentale, recomposition familiale, c'est plus d'une trentaine de chercheurs et de partenaires issus des milieux universitaires, communautaires, publics et étatiques, tous préoccupés par la réalité des familles séparées et recomposées.

www.arucfamille.ulaval.ca

L'ARUC – Séparation parentale, recomposition familiale est financée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH).

Conseil de recherches en sciences humaines du Canada

Social Sciences and Humanities Research Council of Canada

Canada