

POUR UN DROIT DE LA FAMILLE ADAPTÉ AUX NOUVELLES RÉALITÉS CONJUGALES ET FAMILIALES

Par Alain Roy

PRÉSIDENT DU CCDF, PROFESSEUR TITULAIRE, FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL



La famille a beaucoup changé depuis la dernière grande réforme du droit de la famille survenue en 1980. On constate que les familles ne se créent plus nécessairement autour du noyau formé par un couple marié. Les modèles familiaux sont 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.



C'est avec beaucoup de satisfaction et de fierté que le Comité consultatif sur le droit de la famille (CCDF) a remis, en juin dernier, son rapport final¹ à la ministre de la Justice du Québec, M^e Stéphanie Vallée. Comment résumer un rapport de près de 800 pages? Sans doute en commençant par le commencement, c'est-à-dire en revenant aux **six principes directeurs** que le CCDF s'est donnés au tout début de ses travaux. Conjugés l'un à l'autre, ces principes directeurs constituent en quelque sorte les fondements de la réforme proposée.

LES PRINCIPES DIRECTEURS

1. L'intérêt et les droits de l'enfant au cœur des priorités – 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.

2. Une réponse inclusive et adaptée à la diversité des couples et des familles – 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 s'adapter à la diversité et à l'hétérogénéité des familles qui caractérisent la société québécoise.

3. L'enfant, une responsabilité commune, source d'interdépendance – Le droit de la famille doit reconnaître la principale source d'interdépendance familiale que constitue la prise en charge d'un enfant.

4. Le couple, un espace d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle – 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.

5. Des justiciables éclairés sur leurs droits et leurs obligations – 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, et ce, sur une base continue.

6. Une justice familiale accessible – 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.

LES ORIENTATIONS

Sur la base de ces six principes directeurs, le CCDF a adopté 82 recommandations, qui s'articulent autour de quatre grandes orientations donnant lieu à autant de régimes juridiques : le « régime parental impératif », le « régime conjugal », le régime de la filiation et le régime d'autorité parentale. Pour les besoins du présent article, nous aborderons plus spécifiquement le régime parental impératif. Avant d'en décrire spécifiquement le contenu, il convient toutefois de préciser l'économie générale du système suggéré.

En vertu du « régime parental impératif » (qui est au cœur de la réforme proposée), 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.

En ce qui a trait au « régime conjugal », le CCDF 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 CCDF. 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 CCDF, 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 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.

Autrement dit, 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 CCDF 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, ou n'est plus, 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 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 CCDF propose d'instaurer.

LE RÉGIME PARENTAL IMPÉRATIF

Qu'implique concrètement le « régime parental impératif » ? 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.

Vie commune – Dans la mesure où les parents font vie commune (peu importe que ce soit en mariage ou en union de fait), 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. 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. Pour y parvenir, le CCDF 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.

Cette mesure 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 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. Dans un souci de déjudiciarisation, le Comité recommande formellement au législateur d'établir des lignes directrices qui permettraient aux parties et à leurs procureurs de fixer la compensation à partir de paramètres objectifs.

Après-vie commune – Après la vie commune des parents, ou s'il n'y a jamais eu vie commune entre eux, le CCDF s'en remet à un principe de responsabilité individuelle. Chaque parent sera bien sûr tenu de s'acquitter de son obligation

SUITE | P. 11 | ↘

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 CCDF 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.

EN GUISE DE CONCLUSION

Le rapport final du CCDF 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!

1 Le rapport est disponible sur le site du ministère de la Justice : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/droit_fam7juin2015.pdf. Il est également publié en version « livre » : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE (sous la présidence de Alain ROY), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

Le Comité propose de faire précéder la célébration du mariage d'une rencontre avec un conseiller juridique ayant pour but d'expliquer le régime juridique du mariage (p. 193). Cette protection n'est pas imaginable pour l'union de fait pour laquelle, il n'est pas inutile de le rappeler, le consentement ne se cristallise pas ; il intervient par l'écoulement du temps, inconsciemment, tout comme l'interdépendance économique qu'elle peut causer.

Au-delà de l'élément déclencheur du régime, trop réducteur, le régime lui-même est insuffisant et inutilement complexe. Il repose essentiellement sur la création d'une prestation compensatoire parentale, laquelle sera difficile d'application – le Comité propose toutefois l'adoption de lignes directrices – mais, surtout, qui ne vise pas à assurer une solidarité familiale. Elle repose plutôt sur une conception purement individualiste de la famille d'où est exclue toute idée de partage. Cette caractéristique laisse craindre que cette prestation rate sa cible. Ainsi, par exemple, s'il sera éventuellement aisée pour une professionnelle qui a quitté ou suspendu sa carrière d'obtenir un paiement compensatoire (et de bénéficier de présomptions), la jeune femme qui a eu un enfant avant d'entrer dans la vie professionnelle aura une tâche beaucoup plus difficile, et ce, quelque soit la réalité financière de son conjoint. De même, que dire de l'opacité du droit de la famille pour le justiciable. Si les conjoints de fait peinent aujourd'hui à distinguer le régime qui est le leur en droit social et en droit de la famille, comment penser qu'ils pourront le faire lorsqu'ils devront distinguer le régime conjugal du régime parental (excluant l'enfant non commun) et le droit social du droit civil (même si le Comité souhaite, à terme, une harmonisation ce qui, sur la base des principes directeurs actuels, ne me semble ni probable ni souhaitable, du moins dans son ensemble).

Si la cohérence du régime que propose le Comité est appréciable, il est permis de ne pas partager les choix politiques, l'individualisme, sur lequel elle est fondée. Il me semble, comme je l'ai déjà écrit dans ces mêmes pages au lendemain de l'arrêt *Éric*

c. Lola, que le droit *conjugal* de la famille doit subsister, que la solidarité familiale, incluant celle du couple, est une valeur que doit maintenir le droit québécois. Il est vrai toutefois que le régime actuel est par trop liberticide et prescriptif.

Pour moi, l'on devrait maintenir un régime impératif minimal comprenant l'obligation alimentaire et la protection de la résidence familiale, lequel régime devrait s'appliquer à tous les couples fonctionnellement similaires, mariés ou non. La force de l'obligation alimentaire, contrairement au patrimoine familial, est de ne pas être automatique et de procurer au juge toute la souplesse nécessaire (d'ailleurs après l'avoir exclu pour les couples sans enfant, le professeur Goubau, à la fin de sa dissidence, semble y revenir – comparer pp. 781 et 787). La protection de la résidence familiale, pourrait, quant à elle, ne s'appliquer que dans l'intérêt d'un enfant – commun ou non. Pour le reste, le régime devrait être supplétif, par *opting out* pour le mariage et, éventuellement, par *opting in* pour l'union de fait, mais associé à un pouvoir judiciaire de révision des contrats permettant au tribunal d'intervenir. Comme l'écrit le Professeur Goubau, dans sa dissidence, c'est un mythe, surtout en matière conjugale, de penser que ce qui a été convenu est nécessairement équitable (p. 780).

Malgré les divergences de vue quant au fondement de la politique familialiste, il demeure que la société québécoise est très redevable aux membres du Comité et à son Président de nous avoir soumis un travail d'une telle qualité présentant une vision de ce que peut être le droit de la famille de demain. Il revient maintenant aux politiques et à la société civile de nourrir le débat et d'insister sur la nécessité de procéder, rapidement, à une réforme de notre droit de la famille.

1 Les références sont à la version publiée du rapport : 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.