

Même lit, rêves différents

Le droit de la famille

*Mémoire dans le cadre des consultations sur
les enjeux constitutionnels du Québec au sein de la fédération canadienne*

Thomas Lessard

Étudiant en droit
Université McGill

Alexandre Cadotte

Étudiant en droit
Université de Sherbrooke

Michaël Lessard

Professeur de droit
Université de Sherbrooke

Comité consultatif sur les enjeux constitutionnels du Québec
Ministère de la Justice du Québec

5 septembre 2024

Table des matières

Introduction.....	3
I. Une question importante pour le Québec	3
A. Le partage des compétences en droit de la famille	3
B. Un bras de fer fédéral-provincial	4
C. Une possible modification à la Constitution ?	8
II. Les empiètements sur la compétence du Québec	11
A. La garde de l'enfant	11
B. L'obligation alimentaire envers l'enfant	11
C. L'autorité parentale et la responsabilité décisionnelle	11
D. Situation concrète potentielle des empiètements	12

Auteurs

Thomas Lessard étudie actuellement le droit civil et la common law au sein de la Faculté de droit de l'Université McGill. Il est assistant de recherche en droit de la famille pour le Prof. Michaël Lessard et en droit des personnes pour le Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé. Ses travaux portent entre autres sur la rédaction du *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues* ainsi que sur l'inclusivité et la modernisation du langage juridique.

Alexandre Cadotte est étudiant au programme de droit-MBA à l'Université de Sherbrooke. Il est auxiliaire de recherche en droit constitutionnel pour le Prof. Dave Guénette et effectue des mandats de recherche en droit de la famille pour le Prof. Michaël Lessard. Il s'intéresse aux questions relatives au partage des compétences, au fédéralisme et à l'aménagement de la spécificité québécoise dans le cadre constitutionnel canadien.

Michaël Lessard est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Il s'intéresse particulièrement à la manière dont le droit privé appréhende les individus vulnérables ou marginalisés. Ses travaux actuels portent sur les violences sexuelles et conjugales, les animaux, la pluriparentalité, l'aide médicale à mourir et les fondements théoriques du droit privé. Il est membre du barreau du Québec depuis 2016.

Les auteurs de ce mémoire demeurent à votre disposition pour tout complément d'information.

Courriel : michael.lessard@usherbrooke.ca

Introduction

L'organisation des familles étant une construction culturelle majeure, le partage des compétences en matière de droit de la famille entre le parlement fédéral et ceux des provinces a engendré au Québec des tensions juridiques et politiques persistantes.

La *Loi constitutionnelle de 1867* octroie au Parlement du Québec la compétence sur les droits civils¹, ce qui inclut habituellement l'entière du droit de la famille. Cependant, elle retranche la compétence sur le mariage et le divorce afin de les donner au Parlement du Canada², laissant toutefois la célébration du mariage à la province³.

Cette répartition a conduit à un bras de fer continu entre le Québec, qui cherche à préserver l'autonomie de son droit de la famille, et le Parlement fédéral, dont les interventions semblent souvent inspirées de la common law et des valeurs issues des autres provinces. Cette dynamique complexe continue d'alimenter les débats sur l'avenir constitutionnel du droit familial au Canada.

Depuis la réforme de la *Loi sur le divorce* en 2021, le droit de la famille au Canada est marqué par des tensions entre le régime fédéral et le régime provincial québécois. Bien que ces deux régimes partagent un objectif commun — l'intérêt de l'enfant —, ils divergent dans leur conception de la garde, des obligations alimentaires et de l'autorité parentale. Cette dualité juridique crée des zones de chevauchement et des risques de conflit potentiels, notamment lorsque les parents de l'enfant et les personnes lui tenant lieu de parent sont soumis à des régimes différents. L'analyse de ces empiètements et des mécanismes de complémentarité révèle des défis importants pour l'harmonisation des droits de la famille au Québec.

Dans ce mémoire, nous abordons d'abord (I) l'histoire des discussions constitutionnelles concernant le droit de la famille, pour ensuite détailler (II) les empiètements du droit fédéral sur la compétence du Parlement du Québec.

I. Une question importante pour le Québec

Le partage des compétences en matière de droit de la famille entre le parlement fédéral et ceux des provinces, établi lors de la Confédération en 1867, a engendré des tensions juridiques et politiques persistantes. Alors que le *Code civil du Bas-Canada* de 1866 régissait la famille comme un domaine de droit civil relevant entièrement du Québec, la *Loi constitutionnelle de 1867* a transféré les compétences en mariage et en divorce au fédéral. Cette dynamique complexe continue d'alimenter les débats sur l'avenir constitutionnel du droit familial au Canada.

A. Le partage des compétences en droit de la famille

En 1866, le *Code civil du Bas-Canada* (C.c.B.C.) légifère sur l'ensemble du droit civil, dont la famille⁴. Effectivement, « l'État y voyait la cellule fondatrice de la société, qu'il entendait favoriser en protégeant sa stabilité et sa pérennité »⁵. Dans le contexte de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la famille est comprise, entre autres, dans les compétences quant aux droits civils et aux matières

¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3, art 92(13).

² *Ibid*, art 91(26).

³ *Ibid*, art 92(12).

⁴ M Lorena, 2015. Comité consultatif sur le droit de la famille-Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiale, Conseil du statut de la femme.

⁵ Benoît Moore, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle ». McGill Law Journal / Revue de droit de McGill 54, no 2 (2009) : 257-272., à la p 267.

de nature privée⁶. Celles-ci, étant inexorablement liées à la « destinée sociale des provinces »⁷, resteront des compétences administrées par les parlements provinciaux.

Au Bas-Canada, l'ancienne conception juridique de la famille reflétait « les valeurs traditionnelles et religieuses de la société québécoise »⁸. Effectivement, le droit canonique exerçait une grande influence au sein de sphères privées telles que le mariage et le divorce⁹. Ainsi, l'on prévoit une exception aux compétences en droits civils afin de transmettre ces deux catégories au gouvernement fédéral, et ce, sous prétexte d'une unification des normes du mariage. C'est par ce raccourci constitutionnel que la population protestante s'assura, notamment, de la légalisation du divorce sur son territoire, jusque-là non reconnu par le Québec majoritairement catholique¹⁰.

Face à la contestation des députés francophones du Bas-Canada, qui s'opposaient à confier au fédéral « des questions intimement liées aux matières régies par le Code civil d'origine française »¹¹, on précisa une *exception à l'exception* et remit la célébration du mariage aux provinces. Tout de même, jusqu'à aujourd'hui, cette scission de l'unité du droit de la famille, notamment au sujet du divorce et des conditions de fonds du mariage, crée de multiples problèmes doctrinaux et pratiques. Effectivement, l'arbre vivant¹², incarnant la constitution, prend racine dans une séparation des pouvoirs mésadaptée autant à la situation d'autrefois qu'à celle d'aujourd'hui. À vrai dire, « une analyse historique plus poussée de cette dichotomie juridictionnelle fait voir que les Pères de la Confédération n'avaient peut-être pas voulu de façon aussi certaine confier au Parlement fédéral une juridiction totale sur le mariage et le divorce »¹³.

B. Un bras de fer fédéral-provincial

Pour éviter tout point mort dans la législation, l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que toutes les lois préconfédérales en force continueront d'exister à moins qu'elles ne soient révoquées par le Parlement du Canada ou celui de la province concernée, compte tenu de leurs compétences respectives en la matière¹⁴. Ainsi, en pratique, l'objectif du *Code civil du Bas Canada* est sauvegardé et celui-ci continue à réguler l'ensemble du droit de la famille¹⁵.

Le partage est imprécis en soi, et des critères tels que l'âge ou le consentement parental sont encore disputés entre la compétence du mariage et celle de la célébration du mariage¹⁶. Ce

⁶ Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3, art 92(13), 92(16).

⁷ Canada, Parliament, Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada, Final Report, 28th Parl, 4th Sess (29 May 1972), à la p 76.

⁸ Moore, *supra* note 5.

⁹ Guy Tremblay et André Grenier, « Les compétences qui devraient être confiées aux provinces par suite de l'adoption de la Charte canadienne des droits ». Les Cahiers de droit 32, no 3 (1991) : 811–835., à la p 829.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid* à la p 828.

¹² *Henrietta Muir Edwards c. Attorney General of Canada* (1930), A.C. 124, p. 136

¹³ Daniel Dhavernas, « le rapatriement des compétences législatives en matière de mariage et de divorce », Office de révision du code civil, Mai 1970, à la p 23.

¹⁴ Marie-France Bureau et Mathieu Devinat, dir, Les livres du Code civil du Québec, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, à la p 38.

¹⁵ Mireille D Castelli et Dominique Goubau, Le droit de la famille au Québec, 5e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, à la p 51.

¹⁶ Code civil du Québec, RLRQ c CCQ-1991, art. 373 [C.c.Q.]. Sous le parapluie de la compétence en célébration, « de façon peut-être habile, mais néanmoins évidente, le législateur québécois cherche manifestement à évacuer le problème constitutionnel » que pose la compétence en mariage du fédéral. Monique Ouellette, « Livre deuxième : de la famille », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires, La réforme du Code civil, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993 à la p. 152.

malaise constitutionnel justifie en partie, dans le dernier siècle, l'inaction du Parlement fédéral ainsi que la timidité du Parlement du Québec sur certains points du droit de la famille¹⁷.

Sur la pointe des pieds, le Québec modifiera à plusieurs reprises différents articles du *Code civil du Bas-Canada*, pourtant possiblement sous compétence fédérale, afin d'actualiser le droit de la famille québécois, notamment sur des questions d'égalité de genres. Par exemple, en 1954, Québec autorisera les épouses à demander la séparation de corps pour cause d'adultère de leur mari¹⁸. Malgré les retombées positives sur l'émancipation féminine, la doctrine s'interrogera sur la constitutionnalité de ce changement¹⁹. Cette même interrogation reparaitra aussi en 1964, dix ans plus tard, lorsque le Parlement québécois voudra abolir le devoir d'obéissance des femmes à leur mari²⁰. Malgré ses interventions très attendues²¹ au sein de la législation, sa situation au sein de la constitution restreint le Québec à des avancées diffuses et tardives en la matière.

Le rapport de la Chambre des notaires de la province de Québec, présenté à la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada en 1968, critique cette situation ainsi que l'inefficacité du Parlement fédéral à « traduire les aspirations de la société familiale québécoise » et ajoute :

C'est pourquoi nous croyons devoir dénoncer avec fermeté cet état de stagnation de notre droit familial qui résulte du partage des juridictions en ce domaine. Toute la société en souffre et davantage encore chacun des membres qui la composent, la femme en tête.²²

Quelques années plus tôt, Marcel Faribault et Robert Fowler, deux figures importantes de la politique québécoise et canadienne, appuieront dans les presses universitaires de Montréal le rapatriement de la compétence en mariage et divorce en insistant qu'elles « sont des questions d'ordre essentiellement privé et personnel reliées directement aux droits de propriété, d'héritage et de succession. »²³ En effet, le mariage modifie tout l'aspect juridique de la vie des deux personnes qu'il unit, notamment en ce qui a trait au droit des personnes et des biens²⁴. Ainsi, « rien n'est plus local que cela »²⁵.

En 1972, le Comité Molgat-McGuigan, un comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, continue sur la même lignée et avance que, en cette matière, « si le pouvoir législatif était transféré aux provinces, les lois seraient vraisemblablement beaucoup plus étroitement liées aux valeurs sociales et morales des Canadiens de ces provinces et refléteraient beaucoup plus leurs principes sociaux. [...] » Effectivement, le mariage est en chute libre depuis les années 1980 au Québec²⁶, alors qu'on y enregistre, à chaque recensement depuis 1981, le plus haut taux d'unions de fait comparé à toutes les autres provinces

¹⁷ E. Guilbert, (1969). *Mariage et divorce: Compétence bipartite préjudiciable*. Les Cahiers de droit, 10(1), 43–60., à la p 46.

¹⁸ John E. C. Brierley et Paul-André Crépeau, dir, *Code Civil: Édition historique et critique 1866-1980*, Centre de Recherche en Droit privé et comparé du Québec, Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 1981, art 188.

¹⁹ Jean Goulet, « La constitutionnalité du Bill 16 ; un essai de détermination du droit substantif en matière de mariage », (1965) VI, 2 C. de D., à la p 19.; J. H. Blumenstein, « Matrimonial Jurisdiction in Canada », [1928] R. du B. Can., p. 582 et F. J. E. Jordan, « The Federal Divorce Act (1968) and the constitution », (1968) 14 McGill L. J., à la p 209.

²⁰ Loi sur la capacité juridique de la femme mariée, SQ 1964 (12-13 ElizII), c. 66.; Guilbert, *supra* note 17.

²¹ Voir Goulet, *supra* note 19.; André Morel, « Mariage et divorce dans l'ordre constitutionnel canadien », *Le Devoir*, 30 juin 1967, à la p 12.

²² La Chambre des notaires de la province de Québec, *Le mariage et le divorce*, Commission royale d'enquête sur la situation de la femme, mars 1968, à la p 15.

²³ M. Faribault et Fowler, *Dix pour Un*, Montréal, Presses de l'université de Montréal, 1965, à la p 89.

²⁴ Chambre des notaires, *supra* note 22 à la p 24.

²⁵ Dhavernas, *supra* note 13 à la p 4. Ce point a aussi été soulevé lors des débats de la Confédération, voir *Confederation Debates*, aux pp 15, 267, 578, 690-92, 776-77 et 779.

²⁶ Institut de la statistique du Québec, « Mariages et taux de nuptialité, Québec, 1900-2022 ».

canadiennes²⁷. En rapatriant les compétences en mariage et divorce, « on pourrait ainsi aborder de façon beaucoup plus systématique le droit familial au sein des juridictions provinciales ainsi qu'au sein des deux régimes juridiques en vigueur au Canada [...] ». ²⁸ Accorder à la législation provinciale le pouvoir de faire ses propres lois en fonction de sa situation particulière permettrait d'autant plus de respecter le pluralisme juridique et social de la confédération et son inhérente hétérogénéité²⁹.

Le comité du droit des personnes et de la famille de l'Office de révision du Code civil (O.R.C.C.), en 1970, est du même avis sur le sujet : « en pays fédéral, la vraie question n'est pas de se demander si une loi d'application nationale est plus simple, mais si elle est plus efficace. Ici aucune raison déterminante n'impose une loi uniforme [...]. La diversité est d'essence du fédéralisme et existe dans bien d'autres domaines. »³⁰

Et cette question n'intéresse pas seulement les juristes du Québec ; effectivement, lors de la Conférence des commissions de réforme du droit en matière de droit familial, de l'Institut de recherche et de réforme juridique de l'Université d'Alberta, des expert-es de l'Ontario, de l'Alberta et du Manitoba applaudissent la « déclaration très puissante » du Professeur Paul-André Crépeau, président de l'O.R.C.C., sur ce sujet.³¹

Au sein même du rapport de l'O.R.C.C., duquel découlera le Livre II (La famille) du *Code civil du Québec* de 1980, puis de 1991 (C.c.Q.), l'on explique que l'on fait intentionnellement abstraction des enjeux constitutionnels en droit de la famille afin de légiférer sur l'entièreté de ce domaine, à la manière du *Code civil du Bas-Canada*³². En effet, lors de la rédaction du rapport, d'article en article, l'Office de révision ne savait pas s'il empiétait sur le territoire provincial ou bien fédéral en droit de la famille³³. En ce sens, un document de ses archives déclare :

Nous croyons que la réforme en profondeur du droit familial du Québec ne pourra être menée efficacement qu'à la condition que le Québec ait en main toute la juridiction relative au mariage et au divorce.

D'ailleurs, les raisons déjà centenaires qui avaient entraîné un tel partage ne sont-elles pas aujourd'hui désuètes ?³⁴

En 1991, le Parlement du Québec, sachant qu'il ne pourrait conserver certains chapitres inconstitutionnels du *Code civil* de 1980 tels que « Des conditions requises pour contracter mariage », clairement de compétence fédérale, ne supprimera pas les articles associés, mais plutôt les transférera sous des chapitres différents, comme ceux « Du mariage et de sa

²⁷ Gouvernement du Canada, Statistiques Canada, « Le Quotidien — État de l'union : Le Canada chef de file du G7 avec près du quart des couples vivant en union libre, en raison du Québec », 13 juillet 2022.

²⁸ Joint Committee, *supra* note 7 à la p. 77.

²⁹ Effectivement, chaque province a toujours eu ses propres traditions et règles en la matière ; voir les différentes lois préférentielles, sur le mariage et le divorce, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard. André Morel dans : « Quebec in the Canada of tomorrow », Ontario advisory Committee on Confederation, pp. z-8, z-9; D Mendes Da Costa (1969). « The Divorce Act, 1968 and Grounds for Divorce Based upon Matrimonial Fault ». *Osgoode Hall Law Journal*. 7 (2): 111–154, aux pp 129-130.

³⁰ Dhavernas, *supra* note 13 à la p. 3.

³¹ *Conférence des commissions de réforme du droit en matière de droit familial*, Institut de recherche et de réforme juridique de l'Université d'Alberta, 28 juin 1972, à la p 72.

³² Office de révision du Code civil, Rapport sur le Code civil du Québec, Québec, Éditeur officiel, 1977, à la p 113.

³³ Conférence des commissions de réforme du droit, *supra* note 31 à la p 13.

³⁴ Chambre des notaires, *supra* note 22 à la p 21.

célébration » ou « Des effets de l'adoption »³⁵. Ce principe, dit « d'objet déguisé » (*colourability*)³⁶, permet ainsi au gouvernement de maintenir, une fois de plus, son contrôle du droit de la famille. Le journal des débats de l'Assemblée nationale, datant de 1991, sur cette partie du *Code civil* souligne nettement cet objectif³⁷ :

Le Président (M. Lafrance) : Actuellement, le Code civil du Québec comporte plusieurs articles qui ont été édictés au moment de la réforme de 1980 alors qu'une entente constitutionnelle visant à transférer aux provinces la compétence en matière de mariage et de divorce était en préparation. [...] Parce que l'entente en préparation ne s'est jamais réalisée et que plusieurs de ces articles pourraient, sous l'angle où ils sont traités, relever de la compétence législative de l'autorité fédérale, [...] les dispositions édictées en matière de divorce, de séparation de corps et de nullité de mariage ont été remaniées [...]

M. Rémillard : Tout ce qui regarde la famille, M. le Président, est définitivement relié à des demandes constitutionnelles québécoises et non pas simplement par ce gouvernement mais, d'une façon historique, on a des revendications du gouvernement du Québec pour avoir une pleine juridiction en ce qui regarde la famille.

Mme Harel : Alors, faut-il comprendre que, dans l'entente constitutionnelle que vous visez, vous visez à transférer la compétence en matière de mariage et de divorce ?

M. Rémillard : Voir à ce que l'on puisse établir toutes les juridictions que nous aimerions établir en fonction de l'ensemble des rapports qu'on peut établir avec la famille.

[Soulignements ajoutés]

À vrai dire, en parallèle à l'édition du *Code civil* de 1991, le Rapport du comité constitutionnel du Parti libéral du Québec, au pouvoir de 1985 à 1994, indique très clairement au sein même de son projet de résolution son angle d'approche juridico-politique³⁸ :

Le Parti libéral du Québec a beaucoup insisté dans le passé sur la nécessité d'articuler une politique démographique qui passe par une valorisation de la famille et l'augmentation du solde migratoire. Cependant, puisqu'il s'agit de champs de compétence partagée, le gouvernement québécois ne peut exercer de véritable contrôle dans le domaine stratégique qu'est la politique familiale [et l'immigration].

En matière démographique, les politiques nationales ne pourront jamais s'adapter ni aux besoins ni aux réalités ethniques et culturelles de chacune des régions du Canada. En particulier, il est clair que la problématique vécue au Québec est distincte.

L'épanouissement, peut-être même la survie, de la société québécoise francophone, est étroitement associé à une utilisation judicieuse des pouvoirs gouvernementaux dans ces deux

³⁵ C.c.Q., *supra* note 16.

³⁶ *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463 à la p 496 : « The "colourability doctrine" in the distribution of powers is invoked when a law looks as though it deals with a matter within jurisdiction, but in essence is addressed to a matter outside jurisdiction ».

³⁷ 34^e législature, 1^{re} session (28 novembre 1989 au 18 mars 1992) Le mardi 3 septembre 1991 - Vol. 31 N° 6 Étude détaillée du projet de loi n° 125, Code civil du Québec à la p 208 [Vol. 31 N° 6] aux pp 208, 210.

³⁸ Parti libéral du Québec, Radio-Québec, *Un Québec libre de ses choix*, Rapport du comité constitutionnel (Rapport Allaire), 1991, à la p 31.

domaines de juridiction : la famille et l'immigration. À l'heure actuelle, le Québec ne dispose pas de toute la latitude nécessaire à ce développement.

En conséquence, le Québec se doit de rapatrier l'entière et exclusive juridiction en matière de politique familiale [...].

[Soulignements ajoutés, gras de l'original]

Ainsi, le *Code civil* et son assemblée législative continueront à tenter de conserver, plus d'un siècle après le partage des compétences, leur influence sur l'ensemble du droit de la famille. Toutefois, l'on se questionne sur le réel impact de la législation québécoise en matière de mariage et de divorce : on peut donner comme exemple l'article 365 C.c.Q. Celui-ci avait été modifié en 2002 et retirait l'exigence de l'hétérosexualité pour le mariage, pourtant maintenue par la législation fédérale. Bien que cette modification n'eût peu d'incidence puisque le mariage relève de la compétence du Parlement du Canada et que ce dernier a maintenu l'exigence de l'hétérosexualité jusqu'en 2005, le Québec avait entrepris cette démarche législative afin de « proposer » aux autorités fédérales, « de façon purement symbolique », de rendre le mariage accessible aux couples homosexuels³⁹. Si le Québec avait réellement eu la compétence sur le mariage, il aurait pu, en accord avec ses valeurs plus progressives à ce moment, véritablement permettre aux couples québécois homosexuels de se marier trois ans plus tôt, ce qui est non négligeable dans une matière aussi personnelle et intime.

C. Une possible modification à la Constitution ?

Un rapatriement du mariage et du divorce dans le giron du Québec permettrait non seulement de retrouver un système complet et cohérent en termes de législation matrimoniale⁴⁰, mais d'éviter des questions constitutionnelles touchant diverses autres compétences provinciales. Effectivement, en 1967, le Comité spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la question du divorce admet que, par la théorie constitutionnelle de l'ancillarité, le fédéral se trouve à pouvoir déborder sur de multiples autres matières⁴¹, telles que les pensions alimentaires⁴², le partage des biens, la garde des enfants ou encore la compétence du juge⁴³.

Ainsi, lors des délibérations sur la *Loi sur le divorce* de 1968, le premier ministre de l'époque, Pierre Elliott Trudeau pose la question : « Should we hold up divorce reform for X number of years until we have written a new constitution and perhaps given the provinces jurisdiction over marriage and divorce or should we perhaps attempt with the provinces to deal with this matter... ? »⁴⁴

À vrai dire, Pierre Elliott Trudeau est en poste au sein d'une période trouble de la fédération canadienne. Par suite de l'élection d'un gouvernement souverainiste au Québec, celui-ci mettra en place, en 1977, la Commission de l'unité canadienne (Commission Pépin-Robarts⁴⁵). Ce rapport ira cependant à l'encontre même de la stratégie fédérale libérale en vigueur en proposant

³⁹ Benoît Moore, « Le droit de la famille et les minorités », 2004 34-1-2 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 229, 2004 CanLII Docs 184, à la p 249.

⁴⁰ Jordan, *Federal Divorce Act (1968) and the constitution*, 1968, McGill L. J. 209, à la p 269.

⁴¹ Report of the special joint committee on Divorce, 1967, à la p 151.

⁴² *Zacks c. Zacks*, 1973 CanLII 137 (CSC), [1973] R.C.S. 891.

⁴³ Dhavernas, *supra* note 13 à la p. 7. Voir aussi Bora Laskin, *Canadian Constitutional Law*, Toronto 1964, à la p 993 ; MC Shacter, *Communications au Barreau sur la Nouvelle Loi du divorce*, (1968) (28) *Rev. du Bar.*, à la p 495 et s.

⁴⁴ *House of Commons Debates*, 18 décembre 1967, V, à la p 5551.

⁴⁵ Jean-Luc Pépin et John Robarts « ont été respectivement ministre d'un précédent gouvernement libéral au fédéral et premier ministre conservateur de l'Ontario », voir R Hudon, « Commission de l'unité canadienne », *L'encyclopédie canadienne*, 16 décembre 2013.

un tout nouveau partage des compétences⁴⁶. En effet, le rapport Pépin-Robarts affirme que l'énumération des compétences actuelles est « incohérente » et ne « relève d'aucun thème logique »⁴⁷. Il propose ainsi de concevoir de nouveaux « secteurs généraux d'activité gouvernementale », tels que la « culture », qui serait une compétence accordée aux provinces, regroupant, notamment, l'éducation, les arts, ainsi que le mariage et le divorce⁴⁸. Il ajoute, de plus, qu'il faudra « garantir à la province de Québec la responsabilité essentielle pour la préservation et l'épanouissement de son héritage particulier » en faisant référence, une fois de plus, au mariage et au divorce⁴⁹.

Le Parti libéral québécois, en parallèle, forme, lui aussi, un comité consultatif sur les enjeux constitutionnels du Québec, qui publie son « livre beige » en 1980⁵⁰. On peut y lire :

Au cours de l'histoire québécoise, la famille a véritablement conservé et développé les valeurs propres à la société québécoise francophone. Même en tenant compte des changements sociaux et sous des formes variables, elle demeure un foyer privilégié pour l'éducation et l'initiation aux valeurs sociales et aux caractéristiques des Québécois francophones.⁵¹

La Commission souhaite ainsi un pouvoir provincial total en droit familial qui s'étendrait dans les domaines du mariage et du divorce⁵².

Naturellement, le sujet sera un des quinze points à l'étude lors des conférences de 1978-1979⁵³ et le transfert aura failli avoir lieu ; un seul parmi les 11 premiers ministres, celui du Manitoba, s'y opposera⁵⁴. Par après, dans le cadre des discussions constitutionnelles de 1980, seule la délégation québécoise invoquera les recommandations soulevées par les deux commissions nommées plus tôt⁵⁵ et le projet tombera à l'eau. Cette déconnexion entre les objectifs du Québec et ceux du reste de la fédération exacerbera les volontés souverainistes québécoises.

En raison des tensions qui perdurent après la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que l'Accord du lac Meech de 1987 qui la suivra, de nouveaux Comités mixtes spéciaux sont formés en vue de l'Accord de Charlottetown de 1992. Malheureusement, bien que la question du mariage et du divorce ait été discutée au cours des réunions multilatérales de Charlottetown, il a été convenu, une fois de plus, « de ne pas poursuivre l'étude » de cette question au sein de son rapport⁵⁶.

Pourtant, en parallèle, la Commission Beaudoin-Dobbie⁵⁷ de 1992 dénotait la situation particulière du Québec en la matière et réfléchissait sur un moyen de régler la question du mariage et du

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Commission de l'unité canadienne, « Se retrouver : observation et recommandations », Ottawa : bureau du conseil privé, 1979, 172 p., à la p 95.

⁴⁸ *Ibid.*, à la p 134.

⁴⁹ *Ibid.*, à la p 90.

⁵⁰ Gérard-A Beaudoin, *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, à la p 288.

⁵¹ Parti libéral du Québec, *Une nouvelle fédération canadienne* (livre beige), Montréal, 1980, 145 p, à la p 22.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Beaudoin, *supra* note 50, à la p 289.

⁵⁴ *Ibid.*, à la p 447.

⁵⁵ Hudon, *supra* note 45.

⁵⁶ Rapport du consensus sur la Constitution, Charlottetown, 28 août 1992 (Entente de Charlottetown), Secrétariat du Québec aux relations canadiennes, à la p 452.

⁵⁷ Le premier ministre québécois de l'époque, Robert Bourassa, bien qu'il soit d'accord avec le rapport de cette commission fédérale, n'est pas complètement satisfait de ses revendications peu extrêmes en matière de transfert des compétences. Voir *Robert Bourassa commente le rapport Beaudoin Dobbie*, archive audiovisuelle TVA, conférence de presse du 3 mars 1992.

divorce sans un transfert de compétence qui affecterait toutes les provinces⁵⁸. Une piste de solution se trouvera au sein du Rapport Beaudoin-Edwards, qui proposera « vivement » de prévoir l'existence, par modification constitutionnelle, du principe de délégation de pouvoirs entre le Parlement du Canada et ceux des provinces⁵⁹. Effectivement, cela permettrait au fédéral de déléguer sa compétence en mariage et divorce au Québec, sans affecter le partage des compétences au sein de l'entière de la fédération.

Toutefois, cette solution n'a jamais été codifiée et la jurisprudence l'écarte ainsi encore aujourd'hui⁶⁰. Cela n'a néanmoins pas mis le clou au cercueil à une possible coopération entre les gouvernements du Québec et du Canada ; en effet, de 2001 à aujourd'hui, quatre lois dites « d'harmonisation » mettent en accord les dispositions législatives fédérales avec le droit civil québécois précisément⁶¹. L'importance du conflit constitutionnel sur le mariage est attestée par le choix de lui dédier la partie 1 de la première *Loi d'harmonisation*⁶². Cette section est substantielle, car elle constitue à elle seule sa propre loi ; en effet, on lui donne le titre de *Loi sur le droit fédéral et le droit civil de la province de Québec* et ses dispositions s'interprètent « comme [si elles] faisaient partie intégrante du *Code civil du Québec* »⁶³. Plusieurs expert·es québécois·es furent approché·es tout au long de ce projet, dont le professeur de droit de la famille André Morel, qui énuméra sept dispositions devant être clarifiées relativement aux conditions nécessaires à la formation du mariage⁶⁴. Le fédéral ne traitera cependant pas de toutes ces suggestions et choisira de se pencher uniquement sur le consentement, l'âge minimal et la monogamie⁶⁵, laissant derrière lui une foule d'interrogations sur les multiples autres conditions au mariage.

Ainsi, aujourd'hui, la population québécoise est prise au sein d'un partage de compétence encore boiteux sur la question du droit de la famille. Cette situation crée une précarité législative, où l'inconstitutionnalité de certains articles du *Code civil* est encore débattue. On peut donner, pour exemple, l'article 578 alinéa 2⁶⁶, qui contredit directement l'article 2 de la *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*⁶⁷, ou encore la *Loi sur le divorce*⁶⁸, au sein de laquelle le fédéral traite de la garde d'une manière différente au *Code civil*⁶⁹. Le problème est encore bel et bien actuel et, bien qu'à présent « on en parle moins », cela n'empêche que « la question pourrait facilement revenir à l'ordre du jour, à un moment jugé propice »⁷⁰.

⁵⁸ Government of Canada, Special Joint Committee on a Renewed Canada, Report of the Special Joint Committee on a Renewed Canada (Ottawa: Supply and Services, 1992), à la p 66.

⁵⁹ Government of Canada, Special Joint Committee on the Process for Amending the Constitution of Canada, The Process of Amending the Constitution of Canada: The Report of the Special Joint Committee (Ottawa: Supply and Services, 1991), à la p 31.

⁶⁰ Beaudoin, *supra* note 50, à la p. 447. Voir, pour exemple, *A.G. Nova Scotia c. A.G. Canada (Renvoi sur la délégation législative)*, 1950 CanLII 26 (SCC), [1951] R.C.S. 31.

⁶¹ Gouvernement du Canada, *Lois d'harmonisation et information connexe*, justice.gc.ca, 2022.

⁶² *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil* (L.C. 2001, ch. 4). [*Harmonisation no 1*]

⁶³ *Ibid*, art 2, 4. Voir aussi Division du droit et du gouvernement, *Projet de loi S-4: Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, (31 janvier 2001).

⁶⁴ *Projet*, *supra* note 63.

⁶⁵ *Harmonisation no 1*, *supra* note 62, art 5 à 7.

⁶⁶ *C.c.Q.*, *supra* note 16.

⁶⁷ *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, LC 1990, c 46.

⁶⁸ *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2e suppl) [*Loi sur le divorce*].

⁶⁹ Pierre J. Dalphond et Anushua Nag, « Enfin une réforme de la Loi sur le divorce » (2019) 78: R du B 255, à la p 273 et s.

⁷⁰ Beaudoin, *supra* note 50, à la p. 447.

II. Les empiètements sur la compétence du Québec

Depuis la réforme de la Loi sur le divorce en 2021, le droit de la famille au Canada est marqué par des tensions entre le régime fédéral et le régime provincial québécois. Bien que ces deux régimes partagent un objectif commun — l'intérêt de l'enfant —, ils divergent dans leur conception de la garde, des obligations alimentaires et de l'autorité parentale. Cette dualité juridique crée des zones de chevauchement et des risques de conflit potentiels, notamment lorsque les parents de l'enfant et les personnes lui tenant lieu de parents sont soumis-es à des régimes différents. L'analyse de ces empiètements et des mécanismes de complémentarité révèle des défis importants pour l'harmonisation des droits de la famille au Québec.

A. La garde de l'enfant

Depuis la réforme de la *Loi sur le divorce*⁷¹, entrée en vigueur en 2021, la garde est maintenant plutôt conceptualisée en droit fédéral comme le « temps parental », distinct de la responsabilité décisionnelle qui est l'équivalent fonctionnel de l'autorité parentale en droit civil québécois. Cela se distingue du régime québécois, où la garde constitue un attribut de l'autorité parentale. Malgré ces distinctions, on peut constater qu'une complémentarité s'est imposée dans l'application des deux régimes. L'aménagement tant du temps parental fédéral et la garde provinciale se font en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans toute décision relative au choix du ou des parents qui aura la charge de l'enfant en cas de divorce ou de séparation. Cela se reflète autant dans la *Loi sur le divorce* (art. 16) traitant du temps parental que dans le *Code civil du Québec* (art. 33). La jurisprudence a également privilégié dans son interprétation une symbiose des régimes en établissant des critères similaires afin d'attribuer la garde, tels que la stabilité du milieu de vie et la volonté de l'enfant.

B. L'obligation alimentaire envers l'enfant

Une autre potentielle source d'empiètement du législateur fédéral en droit de la famille québécois réside dans sa régulation des aliments pour enfants à la suite d'un divorce. En effet, la *Loi sur le divorce*, pour compléter ses dispositions concernant les aliments destinés aux enfants, fournit des lignes directrices facilitant le calcul des montants de pension alimentaire pour chaque province. Toutefois, une exception permettant aux provinces qui le souhaitent d'appliquer leurs propres lignes directrices est prévue par l'art. 2(1) de la loi, exception de laquelle le Québec s'est prévalu et qui a été reconnue par le gouvernement fédéral par décret⁷².

Les lignes directrices fédérales pour le Québec s'appliquent néanmoins dans les cas où les parents ne résident pas dans la même province et que le parent en bénéficiant demeure au Québec. Cet exemple démontre qu'il est possible, par l'utilisation de mécanismes juridiques simples, d'atteindre une adéquation entre les régimes juridiques fédéral et québécois.

C. L'autorité parentale et la responsabilité décisionnelle

L'opposition entre la responsabilité décisionnelle en droit fédéral et l'autorité parentale en droit civil semble être la source d'empiètement la plus susceptible de créer des tensions entre les

⁷¹ *Loi sur le divorce*, supra note 68.

⁷² Décret désignant la province de Québec pour l'application de la définition de « lignes directrices applicables » au paragraphe 2(1) de la Loi sur le divorce, DORS/97-237

régimes juridiques. En effet, la réforme de la *Loi sur le divorce* de 2021 a engendré plusieurs nouveaux concepts, dont certains s'apparentent à des concepts déjà existants en droit civil québécois. Ainsi, le concept de responsabilité décisionnelle a formellement remplacé la « garde légale », jusque-là évoquée seulement par la jurisprudence et la doctrine. Avec cet ajout s'accompagna un mécanisme de retrait de la responsabilité décisionnelle. C'est là où la friction se fait sentir, car cela permettrait en théorie de contourner un procédé central en droit de la famille au Québec : la déchéance de l'autorité parentale.

En vertu de la nouvelle *Loi sur le divorce*, la responsabilité décisionnelle à l'égard d'un·e enfant est attribuée au parent de droit ou de fait par le tribunal, en fonction de l'intérêt de l'enfant, au cours d'une instance en divorce. Cette façon de faire contraste avec la mécanique de l'autorité parentale, qui est beaucoup plus restrictive. L'autorité parentale est habituellement attachée à la filiation. Le tribunal ne peut déchoir un parent de son autorité que s'il identifie un motif grave et que l'intérêt de l'enfant l'exige. Un parent québécois divorcé pourrait donc, si le droit fédéral était appliqué à la lettre, se voir retirer l'entière responsabilité décisionnelle envers son enfant et, par le fait même, être indirectement déchu de son autorité parentale en pratique, sans que le régime québécois n'ait pu être appliqué.

Si ce scénario ne s'est pas encore matérialisé dans la pratique à notre connaissance, le flou persistant entre ces régimes pose le risque constant que cela se produise. Les effets d'une décision penchant en faveur d'une interprétation large de la compétence fédérale en matière de divorce et autorisant l'usage exclusif des dispositions de la *Loi sur le divorce* en cette matière auraient un impact significatif sur la capacité du régime québécois de droit de la famille de réguler les rapports familiaux au Québec, ainsi que sur le respect par les tribunaux des choix des parlementaires du Québec.

D. Situation concrète potentielle des empiètements

Par ailleurs, il existe une situation où la probabilité d'un conflit entre le droit civil et le droit fédéral est élevée. Ce cas serait celui d'un couple non marié ayant eu un·e enfant, puis s'étant séparé et où l'un des deux parents se serait subséquemment marié. Si ce dernier mariage devait se terminer en divorce — et donc que le droit fédéral devait s'y appliquer — l'enfant du premier couple pourrait faire l'objet d'une demande de contact ou même de temps parental à proprement parler. En effet, la *Loi sur le divorce* prévoit que le temps parental peut être accordé à tout parent de droit *ou qui en tient lieu*.

Ainsi, nous pourrions nous retrouver dans une situation où d'un côté, le parent tiers à l'instance de divorce aurait droit à la garde de son enfant par l'exercice de son autorité parentale en vertu du *Code civil*, et de l'autre, un ex-époux tenant lieu de parent pour ce·tte même enfant et réclamant des responsabilités décisionnelles et du temps parental en vertu de la *Loi sur le divorce*. Il n'est pas entièrement exclu que le tribunal puisse pencher en faveur de ce dernier.

Inutile de dire qu'une telle issue mettrait à mal la compétence québécoise en matière de droits civils, et plus particulièrement dans sa capacité à réguler efficacement les unions de fait. L'interprétation toujours plus large de la compétence fédérale en matière de mariage et de divorce ouvre toutefois la porte à ce résultat.