

Code et famille : avant-garde ou fixité ? Codification, Don Quichotte et autres histoires

Marie-France Bureau

Volume 46, Number 1-2, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043845ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043845ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bureau, M.-F. (2005). Code et famille : avant-garde ou fixité ? Codification, Don Quichotte et autres histoires. *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 397–410.
<https://doi.org/10.7202/043845ar>

Article abstract

In the ensuing paper, three periods of family law codification in Québec are investigated, namely the 1866 period, then the *Civil Code of Québec* and finally, the 2002 reform. Despite the varying legislative philosophies at work in these exercises of codification, the author observes that the codification of family law has evolved within the confines of a specific logical structure. The paper demonstrates that the process of family law codification has in fact undergone transformation and that an increasing number of social stakeholders are now taking part in the development of legislative norms. In spite of this evolution, legal scholars and practitioners continue justifying the rules underlying conjugality and the order of affiliation on the basis of transcendent and even naturalistic arguments. The rigidity of the categories thus spawned has limited the possibility of renewal and evolution in this field of law.

Code et famille : avant-garde ou fixité ? Codification, Don Quichotte et autres histoires*

Marie-France BUREAU**

L'article qui suit explore trois périodes de codification du droit de la famille au Québec, celle de 1866, celle du Code civil du Québec et la réforme de 2002. Malgré les différentes philosophies législatives à l'œuvre lors de ces exercices de codification, l'auteure constate que la codification du droit de la famille participe d'une logique particulière. Son article démontre que le processus de codification du droit de la famille s'est transformé et qu'un nombre accru d'acteurs sociaux participe dorénavant au processus de production des normes. Malgré cette évolution, les juristes continuent de justifier les règles entourant la conjugalité et la filiation sur la base d'arguments transcendants, voire naturalistes. La rigidité des catégories ainsi créées limite la possibilité de renouvellement et d'évolution de ce domaine du droit.

In the ensuing paper, three periods of family law codification in Québec are investigated, namely the 1866 period, then the Civil Code of Québec and finally, the 2002 reform. Despite the varying legislative philosophies at work in these exercises of codification, the author observes that the codification of family law has evolved within the confines of a specific logical structure. The paper demonstrates that the process of family law codification has in fact undergone transformation and that an increasing

* L'auteure tient à remercier Rosalie-Anne Tichoux-Mandich pour son travail d'assistance de recherche et de correction.

** Doctorante, Institut de droit comparé, Université McGill ; avocate depuis 1997, chercheuse principale en droit de la famille, Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec.

number of social stakeholders are now taking part in the development of legislative norms. In spite of this evolution, legal scholars and practitioners continue justifying the rules underlying conjugality and the order of affiliation on the basis of transcendent and even naturalistic arguments. The rigidity of the categories thus spawned has limited the possibility of renewal and evolution in this field of law.

	<i>Pages</i>
1 Une typologie des codifications du droit de la famille	400
1.1 Le <i>Code civil du Bas Canada</i> : codification à l'ancienne.....	400
1.2 Le <i>Code civil du Québec</i> : codification classique et sociologique.....	401
1.3 L'union civile et les nouvelles règles de filiation: codification plurivoque et spontanée.....	403
2 La justification: transcendance et vérité	406
2.1 La transcendance.....	406
2.2 La pédagogie.....	406
3 L'effet de codification: Don Quichotte et l'avenir	407
3.1 Le «vivre ensemble».....	407
3.2 L'effet de codification.....	408

Je préfère les mythes à l'histoire. L'histoire est faite de vérités
qui se transforment avec le temps en mensonges.
Les mythes sont faits de mensonges qui se transforment en vérités.

Jean Cocteau

Le doyen Carbonnier affirme que «la famille est l'institution juridique pour laquelle le droit compte le moins, que l'essentiel lui vient des mœurs et de la morale¹». Le droit de la famille résiste aux transformations parce que des forces de continuité y sont plus présentes que dans d'autres domaines du droit. Selon le doyen Carbonnier, des facteurs psychologiques interviennent en matière familiale, qui expliqueraient ce qu'il désigne comme le

1. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 149 et suiv.

«freinage sentimental» de la tradition juridique. Il y aurait donc une continuité historique et biologique, un ordre éternel qui résisterait, au-delà des changements plutôt marginaux survenus au cours des dernières décennies, à toute remise en question fondamentale de l'institution².

Avec la force des habitudes et des répétitions historiques, même des pratiques injustes peuvent être considérées comme naturelles. Elles s'inscrivent dans l'ordre des choses, alors l'individu s'attache à cet état de fait³. Il défend cet ordre établi, cette tradition. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il est question de famille et de filiation. Le discours juridique naturalise, essentialise des choix : ils deviennent des vérités. Difficiles à contester, à modifier.

Un des aspects les plus fascinants du droit de la famille est son statut particulier dans le domaine du droit privé. En nous attaquant au sujet de la codification à l'occasion de cette année de célébrations, nous avons également pu constater une distinction entre la codification du droit civil, en général, et celle du droit de la famille. Il semble que tous les grands principes énoncés par les experts, les canons de l'art de la codification ne trouvent pas la même application lorsqu'il est question de famille. C'est comme si, tout d'un coup, quand il s'agit de la conjugalité, de la filiation et des règles les entourant, ce n'était plus tout à fait le même exercice. La matière première n'est plus constituée de liens sociaux et de règles que le législateur propose selon des choix et des compromis. Elle semble alors plutôt relever de données immuables et d'états naturels.

Dans le présent article, nous proposons de regarder trois périodes distinctes de codification du droit de la famille au Québec. Nous examinerons d'abord la codification du *Code civil du Bas Canada* de 1866. Nous aborderons ensuite la réforme du *Code civil du Québec* (dont les dispositions sur la famille sont entrées en vigueur au cours des années 80) et, finalement, nous discuterons de la récente réforme de 2002, portant sur l'union civile et les nouvelles règles de filiation.

Nous avons fait le choix délibéré de ne pas analyser en détail chacune des lois mais plutôt d'observer le processus d'élaboration des normes et la philosophie qui sous-tend ces trois exercices de codification. Nous comptons ainsi examiner les points communs à ces trois exercices législatifs,

2. *Id.*, p. 148 et 149.

3. Voir aussi les explications données par Pierre Bourdieu sur la force de l'habitus qui tend à inculquer, à faire incorporer aux victimes de la domination, la logique du système. Cette force symbolique qui s'impose à tous également tend à laisser entendre que les victimes y participent de leur plein gré : P. BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998, p. 53 et suiv.

malgré l'apparente distinction des démarches et des processus de production normative en jeu. Nous terminerons par une réflexion sur l'effet de codification et proposerons des questions d'avenir quant aux règles du droit de la famille au Québec.

1 Une typologie des codifications du droit de la famille

1.1 Le *Code civil du Bas Canada* : codification à l'ancienne

La codification de 1866 s'est effectuée dans l'esprit des grandes codifications du XIX^e siècle. Le Code devait être un grand ensemble cohérent, parlant au citoyen d'une voix simple et élégante et regroupant les grands principes du droit privé. Véhicule du droit commun, esprit d'une nation.

Des auteurs ont invoqué plusieurs raisons ayant motivé le législateur à adopter un code civil. Il est connu que le droit civil d'avant 1866 était très épars au Québec. Les sources étaient multiples et les documents législatifs souvent eux-mêmes difficiles à repérer : Coutume de Paris, anciennes lois françaises, certaines lois anglaises, décrets royaux, etc.⁴. En plus de ces raisons pragmatiques, il y avait également une question de langue⁵. Les versions anglaises des lois n'existaient pas dans bien des cas. Par ailleurs, le grand mouvement de codification de l'époque mettait des modèles étrangers à la disposition des décideurs⁶.

Le mandat qui avait été donné à la Commission chargée d'élaborer un code civil était moins de réformer le droit que de synthétiser, de compiler et de mettre en ordre les lois alors en vigueur dans la province de Québec, par articles et par sujets, selon le modèle du Code Napoléon⁷. Celui-ci était non seulement un code en français émanant de la mère patrie, mais il représentait un modèle civiliste admiré dans tout le monde occidental.

Certes, il s'agit dans ce cas d'une codification fondamentale à l'ancienne, toute empreinte des idéaux libéraux du XVIII^e siècle. Les auteurs ont souvent invoqué l'unité et l'esprit du *Code civil du Bas Canada* en insistant sur le fait qu'il reflétait la société québécoise de l'époque : libéralisme, indi-

4. J.E.C. BRIERLEY, «Quebec's Civil Law Codification», (1968) 14 *R. D. McGill* 521, 534.

5. *Id.*, 535.

6. *Id.*, 540; voir aussi Mirow sur l'importance du mouvement de codification au XIX^e siècle et le rayonnement du Code Napoléon et de la pensée de Bentham dans le monde occidental, notamment en Amérique latine: M.C. MIROW, «The Power of Codification in Latin America», (2000) 8 *Tulane J. Int'l. Law*, 83.

7. Voir M.-J. LONGTIN, «La codification comme élément ou source de justice», (2001) 42 *C. de D.* 670.

vidualisme, patriarcat, autocratie et religion⁸. Évidemment, ces valeurs se reflètent dans le droit de la famille en vertu de l'ancien code. N'ayant pas pour mandat de réformer le droit, les codificateurs de l'époque ont adopté des règles en parfaite continuité avec l'ancien droit français, lui-même issu du droit romain et du droit canon. Ces règles sont restées en harmonie avec la société québécoise pendant une centaine d'années, alors que celle-ci était principalement rurale, francophone et catholique⁹.

1.2 Le Code civil du Québec : codification classique et sociologique

L'essentiel des dispositions sur la famille du *Code civil du Québec* a été adopté au cours des années 80¹⁰, avant l'entrée en vigueur de l'ensemble du Code civil en 1994. De 1981 à 1989, le législateur procédait à une recodification de l'ensemble du droit de la famille. Les points saillants de la réforme incluent alors l'égalité des époux dans le mariage, la constitution d'un patrimoine familial comme effet obligatoire du mariage et l'abolition de l'illégitimité en droit de la filiation. Le législateur a également incorporé au Code civil des dispositions sur l'adoption.

Rappelons que le processus de réforme du Code civil a débuté en 1955, alors que la législature confiait à un juriste le soin de réviser le droit civil¹¹. En 1960, le législateur demandait à un organisme de rédiger un rapport pour la préparation d'un nouveau code civil¹². Cette structure de révision, dirigée par le professeur Paul-André Crépeau dès 1965, est connue sous le nom suivant : Office de révision du Code civil (ORCC). Ce dernier devient, à partir de cette époque, le véritable maître d'œuvre de la réforme.

Tout au long de ses travaux, l'ORCC a été soutenu par de nombreux professeurs et collaborateurs pour effectuer le colossal travail qui consistait à rénover l'ensemble du droit privé québécois. En plus de ce travail d'expert, le gouvernement a effectué plusieurs consultations publiques sur

8. Voir, à cet égard, le texte désormais classique de M. CARON, «De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil», dans J. BOUCHER et A. MOREL (dir.), *Livre du centenaire*, t. 1 : *Le droit dans la vie familiale*, Montréal, PUM, 1970. Voir également l'article de Perret qui résume bien l'esprit de l'ancien code : L. PERRET, «L'évolution du Code civil du Bas-Canada ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification», (1989) 20 *R.D.G.*, 693.

9. Voir L. PERRET, *loc. cit.*, note 8, 722 et 726.

10. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

11. *Loi concernant la révision du Code civil*, L.Q. 1954-1955, c. 47.

12. *Loi modifiant la Loi concernant la révision du Code civil*, L.Q. 1959-1960, c. 97.

diverses sections du nouveau code proposé¹³. Selon l'expression consacrée, c'est donc d'une «main suffisamment tremblante¹⁴» que la codification s'est faite. Avec soin, avec moult consultations et compromis, avec une certaine unité de style et de rédaction, il s'agissait de créer une œuvre d'ensemble, en harmonie avec la société pluraliste contemporaine, tout en conservant la sagesse des principes du système romano-germanique et de la tradition civiliste millénaire.

Partant d'un code individualiste prônant un libéralisme «sauvage», pour reprendre les termes de Jean-François Niort, le législateur a socialisé le droit, il a mis un frein au volontarisme au nom de la protection des plus vulnérables¹⁵. À partir d'un code axé davantage sur les biens, le nouveau code met l'accent sur la personne. S'éloignant du dirigisme et de l'autocratie, le législateur a codifié dans un esprit d'égalité et d'épanouissement des personnes¹⁶.

En ce qui concerne le droit de la famille, un consensus se dégage à la lecture des textes de l'époque à savoir que la recodification était urgente. Les valeurs de l'ancien code ne convenaient plus à la société québécoise de l'après-révolution tranquille. L'augmentation des unions hors mariage et du divorce, l'industrialisation, la place des femmes dans la société et le recul du catholicisme dans les affaires d'État, voilà autant d'éléments qui justifiaient la nécessité d'une réforme complète de ce champ du droit civil¹⁷.

Par ailleurs, après les années de travail de l'ORCC et de nombreux débats académiques sur la question de la réforme du droit familial, le droit et les mentalités avaient déjà beaucoup évolué. Au moment où l'ORCC déposait son rapport sur la famille sous forme de projet de code civil, la réforme était attendue. Il fallait donc, en somme, cristalliser l'évolution survenue, ramener une convenance entre le droit et l'évolution de la société. S'agissait-il alors d'une codification résolument réformatrice ou avant-gardiste?

13. Pour l'historique entourant l'adoption du nouveau Code civil, voir l'article du ministre de la Justice de l'époque: G. RÉMILLARD, «Présentation du projet de Code civil du Québec», (1991) 22 *R.D.G.*, 5.

14. Voir l'article incontournable du professeur Crépeau à cet égard: P.-A. CRÉPEAU, «Réflexion sur la codification du droit privé», (2000) 38 *Osgoode Hall L. J.*, 267, 292.

15. J.-F. NIORT, «Le Code civil face aux défis de la société moderne: une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau *Code civil du Québec* de 1994», (1994) 39 *R. D. McGill*, 845, 871.

16. *Id.*, 870-873.

17. Pour avoir une idée de la doctrine à cet égard à la fin des années 60, consulter: J. BOUCHER et A. MOREL, *op. cit.*, note 8.

Avec le nouveau code civil, en effet, le fondement de la famille demeure le mariage¹⁸. Par ailleurs, il n'existait en 1994 aucune mesure pour les conjoints de même sexe et le législateur choisissait d'exclure les conjoints de fait de toute réglementation, contrairement aux recommandations de l'ORCC à cet égard¹⁹. Nous pouvons donc parler, comme le fait Gérard Cornu, d'une codification classique du type sociologique, où le législateur tente d'adapter l'ordre juridique aux nouvelles réalités sociales²⁰.

1.3 L'union civile et les nouvelles règles de filiation : codification plurivoque et spontanée

Le législateur québécois a procédé à une importante réforme du droit de la famille en 2002 en établissant l'union civile et les nouvelles règles de filiation. Bien qu'il s'agisse d'une réforme partielle sur un sujet donné, elle peut être qualifiée de recodification. À l'instar de l'approche du législateur français qui n'a pas adopté de nouveau code civil depuis 1804, il s'offre au législateur québécois la possibilité d'opérer des modifications périodiques et partielles. Ces réformes régulières peuvent tenir lieu de codification et produire ce qui a été appelé un « effet de codification²¹ ».

Le processus a débuté en 2001 alors que le ministre de la Justice déposait, sans consultation ni débat préalable, un projet de loi instituant l'union civile pour les conjoints de même sexe²². Il convient de replacer ce projet de loi dans un contexte où de nombreuses juridictions occidentales mettaient

-
18. Il s'agit de constater l'ordonnancement du livre II (« De la famille ») pour s'en convaincre. Les quatre titres sont, dans l'ordre, « Du mariage », « De la filiation », « De l'obligation alimentaire » et « De l'autorité parentale ». Il faut ajouter à cela le maintien de la présomption de paternité et l'application des règles sur la patrimoine familial aux conjoints mariés seulement.
 19. Voir la préface de P.-A. CRÉPEAU dans : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le projet de Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. xxv, xxxii, et notamment le projet d'article 266 élargissant la présomption de paternité à l'époux de fait de la mère.
 20. « [L]a codification contemporaine se fait une discipline d'être à l'écoute de la société qu'elle entend gouverner. Comme le législateur, elle est devenue sociologique dans son information et parfois dans ses impulsions. Elle s'assigne comme mission non d'établir un ordre arbitraire, mais de connaître l'état des opinions, des comportements, des nécessités, afin de rétablir, au contraire, une certaine convenance entre la réalité sociale et l'ordre juridique », G. CORNU, « Codification contemporaine : valeurs et langage », dans COLLOQUE INTERNATIONAL DE DROIT CIVIL COMPARÉ, *Codification : valeurs et langage*, Québec, Conseil de la langue française du Gouvernement du Québec, 1981, p. 36.
 21. Voir L. PERRET, *op. cit.*, note 8, 737.
 22. *Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, avant-projet de loi (déposé le 7 décembre 2001), 2^e session, 36^e législature (Québec).

sur pied, depuis les années 90, diverses institutions consacrant la conjugalité des conjoints de même sexe²³. À quelques exceptions près, les institutions existant en 2001 ne concernaient que le couple et non la parenté. C'est dans cette optique que le ministre soumettait son projet d'union civile, qui ne changeait en rien au départ les règles de filiation. Il s'agissait en fait d'un mariage bis réservé aux seuls conjoints de même sexe.

À la suite du dépôt du projet, des consultations parlementaires générales ont été tenues. Il est intéressant de noter que ce sont les citoyens qui ont fait bifurquer le débat vers la question de la filiation. La question de l'union civile, en tant que telle, est devenue secondaire devant le débat concernant l'opportunité de réformer les règles de filiation. L'élément réclamé était l'accès des couples de même sexe à l'adoption d'enfants auprès des services publics et, surtout, la possibilité pour les couples féminins d'établir, dès la naissance, un lien de filiation avec un enfant né de l'insémination artificielle.

À l'issue des débats publics, le projet de loi a été soumis à l'Assemblée nationale en juin 2002. Celle-ci l'a adopté à l'unanimité y compris le changement aux règles de filiation²⁴. Bien que le processus législatif ait suscité un grand intérêt médiatique durant les travaux, il a été adopté sans trop de remous. Au contraire du peu d'opposition suscité par le projet au sein du public, le débat fait rage depuis deux ans dans les milieux universitaires²⁵.

Nous tenons à examiner ici ce processus de codification qui n'a rien à voir avec le premier et le deuxième que nous avons abordés. Dans ce cas-ci, pas de longs travaux de préparation, pas de comité d'experts, pas de contrôle des juristes. La technique de production de la norme en jeu est diffuse, horizontale, pluraliste et populaire. La réforme s'est élaborée au Parlement avec la participation de groupes de défense des droits de la personne, avec quelques juristes, des familles et des gens ordinaires.

23. Dans les pays scandinaves, puis graduellement en Europe et en Amérique du Nord, des lois multiples sont apparues pour réglementer la conjugalité des conjoints de même sexe. Que ce soit sous la forme de partenariats enregistrés, d'unions civiles, de pactes de solidarité ou d'autres appellations, la plupart de ces institutions procurent des droits pour le couple, droits qui vont de certains avantages sociaux à l'ensemble des droits prévus par le mariage.

24. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

25. Afin de saisir l'extrême polarité dans le débat sur cette question, consulter : P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 ; M.-F. BUREAU, « L'union civile et les nouvelles règles de filiation : contrepoint discordant ou éloge de la parenté désirée », (2003) 105 *R. du N.* 901.

Les universitaires qui se sont sentis profondément choqués par l'adoption des règles de filiation ont déploré le manque de consultation et l'absence de contrôle des experts durant le processus législatif. Pour l'examiner, il est utile de recourir au langage de Jacques Commaille. Traditionnellement, la légitimité transcendante, la métaraïson invoquée pour justifier des réformes, se fait par la voix d'experts juristes. Dans le cas de la réforme de l'union civile, il s'agit d'un bel exemple d'une régulation qui ne suit plus le modèle classique kelsénien que Commaille nomme le modèle « jupitérien », soit le modèle de régulation par le haut, modèle dix-huitiémiste par excellence du législateur-instituteur qui dresse les mœurs, qui apprend au citoyen comment vivre. Selon Commaille, ce modèle de réglementation de la famille par le haut n'est plus possible²⁶.

En effet, la codification de 2002 correspond davantage au modèle que Commaille appelle modèle « d'Hermès », qui prend en considération l'idée de Bonaventura de Sousa Santos quant à la pluralité des champs normatifs, des acteurs visés et des volontés subjectives. À l'opposé du modèle transcendant où l'État possède le monopole de la production normative, ce modèle pluraliste tient compte des divers lieux de pouvoir et de juridicité, de leur interaction et de leur influence mutuelle.

Nous pouvons poser comme hypothèse que la codification du droit de la famille dans le contexte polyethnique et pluraliste de la modernité avancée ne peut se faire autrement que par un processus plurivoque. La codification de 2002 s'est effectuée de façon chaotique et mettait en lumière la multiplicité des intérêts et des acteurs en jeu. Le processus ressemblait davantage à une improvisation démocratique qu'à une codification selon les canons classiques.

La conclusion à tirer de l'étude de ces trois périodes de codification du droit de la famille est peut-être que, malgré la diversité des approches retenues et des époques observées, la codification ne représente ni l'avant-garde ni la fixité. En fait, à chacun des exercices de codification, le législateur justifie les réformes et tente de les légitimer par des arguments de vérité. En réalité cependant, la codification du droit de la famille n'est qu'une représentation de ce qui est politiquement voulu, à un moment donné de l'histoire et en fonction des acteurs en jeu. Il s'agit à vrai dire d'une prescription de normalité et de l'établissement de modèles institutionnels.

26. J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994, p. 251.

2 La justification : transcendance et vérité

2.1 La transcendance

En observant ces trois périodes de codification du droit de la famille au Québec, nous constatons que les réformes se fondent sur des arguments de vérité. On affirme que les valeurs qui sous-tendent la codification sont universelles, transcendantes, incontournables, voire naturelles. Les règles de droit de la famille sous l'empire de l'ancien code étaient fondées sur le droit naturel, sur la sagesse de la tradition, sur la suprématie naturelle de l'homme, la puissance paternelle et sur le mariage comme fondement naturel de la parenté. En ce qui concerne le nouveau code civil, le législateur a justifié la réforme du droit de la famille en invoquant encore des arguments de vérité : la vérité sociologique, la vérité biologique et l'égalité.

Pour la réforme de 2002 portant sur l'union civile et les nouvelles règles de filiation, le législateur a justifié la recodification en faisant appel au principe de non-discrimination et à la notion de l'intérêt de l'enfant. Pourtant, il était plus difficile dans ce cas de prétendre à la transcendance. Ne disposant ni de paroles d'experts ni de vérités scientifiques ou biologiques à offrir, le législateur a choisi de consacrer l'homoparenté, ce qui ne pouvait se légitimer que par des référents démocratiques universels.

Il n'en reste pas moins que, dans tous les cas, il existe une tentative de rallier la communauté derrière des principes transcendants. Cependant, nous décelons, en fait, une volonté de l'État de créer ou de maintenir un ordre social, d'imposer des modèles et de créer un faisceau de valeurs auquel les citoyens vont adhérer.

2.2 La pédagogie

Bourdieu écrivait que la famille est non seulement un lieu de reproduction de l'espèce mais, encore plus, le lieu de reproduction de l'ordre social²⁷. De là provient l'intérêt toujours porté par l'État nation aux lois régissant la famille, qui demeure une puissante source de contrôle social. Au-delà de cette constatation, les sociétés éprouvent le besoin de créer des cadres institutionnels du « vivre ensemble », des structures dans lesquelles les citoyens peuvent se reconnaître et auxquelles ils peuvent s'identifier. Ces structures doivent peut-être nécessairement se dessiner sous la forme d'un mythe, d'une histoire collective. L'observation des principes et des

27. P. BOURDIEU, « À propos de la famille comme catégorie réalisée », *Actes de la recherche en sciences sociales*, no 100, décembre 1993, p. 32-36.

valeurs qui sous-tendent les diverses codifications du droit de la famille et l'effort fait pour les fonder sur des mythes et des référents universels laisse à penser que le législateur a également des ambitions pédagogiques. La valeur des histoires collectives et des mythes n'est-elle pas précisément d'éduquer, de situer l'individu dans la collectivité et de favoriser son appartenance à celle-ci ? Or, il est ironique de constater où se situent les effets pédagogiques de la loi.

Dans l'optique classique, il est clair que l'État détient le monopole de la domination légitime. La paternité des grandes codifications a été attribuée à de non moins grands juristes qui représentaient cette voix unifiée, les Portalis, Cartier, Foyer, Carbonnier, Crépeau, etc. En créant un modèle familial unique et naturel fondé sur la famille légitime, l'État, comme d'autres sphères de juridicité telle l'Église, pouvait prétendre dresser les mœurs. Les conséquences étaient en effet graves pour ceux qui s'éloignaient du modèle proposé : opprobre social et conséquences patrimoniales sévères.

Avec la complexification de la société et la pluralité des acteurs dorénavant engagés dans le processus de production des normes familiales, nous avons vu que le modèle pyramidal cédait la place à un modèle plus chaotique, diffus et plurivoque. Il va sans dire que les familles ont toujours été plus complexes et diversifiées que la représentation que le droit civil peut en proposer. Cependant, dès lors que la codification s'horizontalise, qu'un nombre accru d'acteurs sociaux, de groupes et de voix se font entendre, que des forces sociales diverses interviennent dans la convergence et le conflit, à travers des processus politiques de plus en plus variés, il devient difficile de prévoir qui d'entre eux fera l'éducation des autres.

En ce sens, la réforme de 2002 est éloquente. C'est nous, parlementaires, juristes, experts de la famille et professeurs de droit, qui avons le plus appris de cette réforme. Nous, encore, qui avons tendance à voir la famille telle qu'elle est représentée dans le Code civil comme une vérité immanente. Et nous nous demandons comment une réforme a pu contredire le livre, la vérité de la filiation telle qu'elle a été codifiée et recodifiée.

3 L'effet de codification : Don Quichotte et l'avenir

3.1 Le «vivre ensemble»

Il est clair que, malgré les ambitions du droit de la famille, son intervention demeure minimale dans le quotidien des gens, dans la sphère des rapports d'intimité, d'amour, d'interdépendance, d'amitié et de solidarité. La codification est-elle alors un exercice futile ? C'est une question que posent les juristes depuis maintenant 30 ans. Le champ juridique (dans

son acception étatique) doit-il se désengager des liens familiaux pour autant²⁸ ?

Peut-être l'être humain ne peut-il pas se passer de mythes et d'idéaux collectifs, de mécanismes de protection des plus vulnérables au nom de la justice et de la protection des minorités contre la force de la majorité. Peut-être faut-il continuer de mettre en place des cadres et des rituels du « vivre ensemble », aussi imparfaits soient-ils. Cela dit, il est à espérer que ces cadres seront suffisamment flexibles pour que les familles et les citoyens puissent s'y définir eux-mêmes et y organiser leurs liens intimes. S'il faut se « conter une histoire²⁹ » du « vivre ensemble », souhaitons qu'elle puisse englober la diversité et se réinterpréter au fur et à mesure que chaque individu invente sa vie.

À cet égard, il faudrait se questionner sur l'opportunité de remplacer les notions de vérité, de nature et de sang comme principes fondateurs des lois de la famille. En fondant la codification sur des principes d'engagement, de responsabilité, de durée, d'interdépendance et de respect, peut-être y aurait-il possibilité de créer un mythe vivant, un univers collectif capable de renouvellement, sans risque immédiat de sclérose, de fixité ou de péremption.

3.2 L'effet de codification

Fonder la codification sur de grands principes, capables de s'adapter au changement social, voilà une banalité qui est admise de tous. En droit des obligations, il est bien accepté que la catégorie *contrat* se transforme au fil du temps et s'adapte à l'évolution du droit et des mœurs. Le législateur pose certes des limites d'ordre public et des grands principes : consensualisme, libéralisme, équité et bonne foi, mais il *prévoit* que la catégorie évoluera. Il en est de même pour les biens ou les sûretés. C'est la base de la codification. Le législateur instaure des principes larges et généraux qui peuvent être appliqués et s'accommoder des transformations technologiques, sociales et culturelles. C'est l'effet de codification. Le droit est en mouvance, il existe et se métamorphose bien au-delà du carcan du texte.

La même logique est-elle acceptée en droit de la famille ? La catégorie *famille* peut-elle se transformer ? Les classifications *père*, *mère* et *enfant* peuvent-elles s'adapter et se lire à la lumière du droit flexible et mouvant ?

28. Voir en ce sens le questionnement de M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Codification nouvelle et relations familiales en Europe Occidentale » dans COLLOQUE INTERNATIONAL DE DROIT CIVIL COMPARÉ, *op. cit.*, note 20, p. 253.

29. P. NOREAU, « Notions juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire ? Le cas du droit de la famille », (1999) 33 *R.J.T.*, 307, 322.

Afin d'illustrer la portée du texte et son interprétation évolutive, nous sommes tentée d'avoir recours à une nouvelle de Borges qui offre une puissante métaphore pour aborder un code et sa signification temporelle.

Luis Borges imagine un auteur contemporain qui décide de réécrire le *Don Quichotte* de Cervantès³⁰. Il choisit un livre phare, une histoire légendaire et symbolique. Cependant, il ne l'adapte pas et ne le copie pas non plus. Il choisit des passages et tente d'écrire mot à mot le *Don Quichotte* de Cervantès en étant Pierre Ménard, auteur contemporain. À un moment du récit, Borges cite un passage de Cervantès. Il écrit ensuite « en revanche Pierre Ménard écrit » et il cite le même passage mot à mot. Borges explique en quoi les deux textes diffèrent. Le second, écrit de la main d'un contemporain de William James, apparaît stupéfiant. Le style aussi est contrasté. Alors que Cervantès écrit dans la langue courante de son époque, l'espagnol de Ménard semble affecté et archaïsant. On comprend que l'auteur inventé par Borges, en réécrivant mot à mot l'œuvre de Cervantès, écrit en fait une œuvre nouvelle et distinctive. Le langage, le sens du texte s'apprécie à la lumière d'une nouvelle sensibilité, d'une conception de l'esthétique, de la morale et de la justice qui diffère entièrement de celle qui régnait à l'époque de l'ouvrage initial.

Cette histoire nous ramène à un exemple tiré du *Code civil du Québec*. L'article 546 prévoit que toute personne majeure peut, seule ou conjointement avec une autre personne, adopter un enfant. Ce terme « conjointement » a cependant toujours été interprété comme signifiant : un couple composé d'un homme et d'une femme, mariés. Il aura fallu attendre la recodification de 2002 pour que le même terme dans la même disposition, d'ailleurs inchangée, se lise : couple, marié ou non, de même sexe ou de sexe différent. À l'avenir, ce terme pourra-t-il signifier deux personnes qui ne sont pas en situation de conjugalité ou nous faudra-t-il attendre une nouvelle codification instaurant un « ordre juridique nouveau », pour reprendre les termes de Gérard Cornu ? Pensons aux termes « conjoint », « famille », « familial » et « ménage », par exemple. Il est intéressant de se demander s'ils trouveront application hors de la famille fondée sur le mariage.

Nous croyons d'abord que cela dépendra de la codification, de la façon dont sera envisagé le processus. Qui doit y participer ? Le domaine est-il réservé aux juristes et autres légistes ? Ensuite, il faudra se demander sur quels principes reposeront les règles édictées. Il nous semble que si le législateur légifère en matière de nature, d'immuabilité et de structures

30. J.L. BORGES, *Fictions*, Paris, Gallimard, 1983, p. 50.

anthropologiques universelles, bref s'il prétend codifier des liens sacralisés ou présociaux, en somme, divins, il pose une limite certaine au pouvoir créatif du droit et à sa possibilité de se transformer.

Certains vont arguer que nous demandons trop au droit privé et qu'en fait il laisse précisément aux individus un maximum de flexibilité et de liberté pour organiser leurs liens conjugaux et parentaux en repoussant hors de la sphère du droit étatique (ce que Carbonnier nomme le « non-droit ») toute une série de situations familiales (conjoints de fait, familles recomposées, rapports beaux-parents et enfants, familles à conjoints multiples, à parents multiples, etc.). C'est l'argument voulant que le droit privé ne doive pas s'occuper du social et de la diversité des réalités concrètes. C'est la « distance nécessaire » entre le droit et la société.

Une question mérite certes d'être posée : le droit étatique doit-il être partout et réglementer toutes les situations d'amour, d'interdépendance et de solidarité ? Certainement pas, mais dans la mesure où le droit participe à la définition collective de ce qui est une famille et de ce qui ne l'est pas, de ce qui est normal, méritant ainsi protection de ce qui est réprimé, il faut se questionner sur la façon dont on détermine ce qui vaut la peine d'être publicisé et encouragé. Cela est d'autant plus vrai qu'il existe une tendance à prendre le texte pour la forme et la vérité énoncée pour révélée.