

Le mariage et l'union libre au Québec : quelle(s) politique(s) doit-on suivre à l'aube du XXI^e siècle ?

Mario PROVOST
*Département des sciences juridiques
Université du Québec à Montréal*

L'auteur tient à remercier sincèrement sa collègue, M^e Renée Joyal, qui a lu ce texte et y a apporté ses commentaires judicieux.

INTRODUCTION

En raison des nouveaux modes de vie qui caractérisent notre société moderne, il faut reconnaître que la notion de « conjoint » ne se limite plus à la définition traditionnelle des époux unis dans le mariage. Constituent également des conjoints les partenaires vivant en union libre. Selon les statistiques québécoises les plus récentes, plus de 18 % des couples vivent en union libre comme substitut ou prélude au mariage¹.

À l'instar de sa politique égalitaire poursuivie à l'égard des époux légitimes, le législateur nous paraît aussi avoir recherché une certaine justice dans les situations impliquant des conjoints de fait. En effet, il a adopté de nombreuses lois à caractère social pour remédier aux situations

1. L'étude consultée révèle que cette proportion varie beaucoup selon l'âge et le sexe. Par exemple, chez les personnes de 20-24 ans, 70 % des hommes et 62 % des femmes vivant en couple le font en union libre. Par ailleurs, la proportion baisse rapidement et n'atteint plus que près de 10 % chez les personnes de 45-49 ans : BUREAU DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC (1993), *La situation démographique au Québec*, Québec, Les Publications du Québec, p. 80.

les plus urgentes et dramatiques. Songeons, à titre d'exemple, aux régimes d'assistance et d'assurance sociales résultant des lois concernant les accidents du travail et les maladies professionnelles, l'aide sociale, l'assurance automobile et la Régie des rentes pour n'en nommer que quelques-unes. Pour ce qui est des rapports entre conjoints de fait, la loi accepte les ententes de vie négociées² et les tribunaux appliquent parfois les principes de la société tacite³ ou de l'enrichissement sans cause⁴ au moment de la rupture de l'union libre.

Cependant, l'état actuel du droit à l'égard de l'union libre nous laisse quelque peu perplexe. La politique très louable de justice et d'équilibre poursuivie par le législateur à l'égard des époux et des conjoints de fait ne conduit-elle pas, au plan juridique, à une certaine confusion ? En permettant aux partenaires en union libre la possibilité de bénéficier du statut de conjoint dans certaines de ses lois, sans pour autant les assujettir aux obligations qui résultent de l'état de personne mariée, le législateur n'aurait-il pas favorisé involontairement l'union de fait au détriment du mariage ? Loin de critiquer négativement les apports des lois sociales, nous situons notre axe de réflexion dans une perspective qui s'interroge davantage sur la valeur des effets civils du mariage.

En somme, le législateur aurait-il surchargé le mariage d'effets civils, par exemple à la suite de l'établissement d'un patrimoine familial obligatoire, de telle sorte que la population vienne à préférer graduellement l'union libre au mariage ? L'avenir même de ce dernier, en raison de ses conséquences plutôt lourdes, pourrait-il être remis en question à l'aube du XXI^e siècle ? Pour mieux traiter cette question, il importe d'abord d'examiner les rapports juridiques qui régissent les époux et les conjoints de fait.

2. Voir en ce sens : Serge ALLARD, Serge BINETTE et Pierre CIOTOLA (mars 1985), « Le concubinage », *Les Cahiers de la Chambre des notaires du Québec*, 8, no. 1A, pp. 125-142 ; Marcel GUY (1981), « Les accords entre concubins et entre époux après la loi n° 89 », *Cours de perfectionnement du Notariat*, pp. 157 et suiv.

3. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, (1984) 1 R. C. S. 2 ; *Droit de la famille-904*, [1990] R. J. Q. 2844 (C. S.).

4. *Sorochan c. Sorochan*, (1986) 2 R. C. S. 38 ; *Droit de la famille-359*, [1987] R. D. F. 156, accueilli en partie avec dissidence à [1990] R. J. Q. 983 (C. A.).

1. APERÇU DES RÈGLES ACTUELLES CONCERNANT LE MARIAGE ET L'UNION LIBRE : AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS RESPECTIFS

1.1 L'aspect juridique des relations entre époux : une approche égalitaire

En matière d'effets civils du mariage, comme le précise le professeur Pineau⁵, on peut dégager trois idées essentielles de la réforme intervenue en droit de la famille en 1980⁶, à savoir le principe d'égalité entre les époux, la direction collégiale de la famille et la protection de la résidence familiale.

À ces nouveautés s'ajoutaient les dispositions relatives à la prestation compensatoire, par lesquelles le législateur souhaitait solutionner l'inéquité résultant de l'absence de partage lors de la dissolution du régime matrimonial de la séparation de biens. En fait, il faut se rappeler qu'avant 1980, lorsqu'une inéquité économique résultait de l'application stricte des règles du régime « séparatiste », nos tribunaux étaient le plus souvent incapables de procéder au partage des biens de l'époux le plus fortuné en faveur du conjoint économiquement faible. Au plan juridique, il fallait donner effet au régime matrimonial légalement contracté, lequel reflétait la volonté des époux au moment du mariage. Au plan sociologique, cependant, cette solution apparaissait inacceptable en raison de la contribution exceptionnelle qu'un conjoint, habituellement l'épouse, avait pu apporter aux biens du mari. C'est pourquoi, dans le cadre de sa réforme, le législateur québécois adoptait les articles prescrivant le versement d'une prestation compensatoire lorsque l'un des conjoints en rencontrait les conditions impératives⁷, à savoir la preuve d'un lien direct entre l'enrichissement de l'un des époux (au détriment de l'autre) par suite de l'apport de son partenaire, le tout apprécié au moment de la dissolution de la vie commune⁸.

5. Jean PINEAU (1983), *La famille, Droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, pp. 91 et suiv.

6. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L. Q. 1989, c. 39.

7. Ernest CAPARROS (1991), *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd. (3^e tirage), Montréal, Les Éditions Wilson et Lafleur Ltée, pp. 55 et suiv.

8. Mireille D.-CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD (1993), *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, pp. 115 et suiv.

Vint ensuite, en 1989, la célèbre loi concernant le partage du patrimoine familial⁹. Insérée au chapitre quatrième du Code intitulé « Des effets du mariage », cette loi fut vivement applaudie par certains¹⁰ et sévèrement critiquée par d'autres¹¹.

Le nouveau *Code civil du Québec* prescrit, à l'article 414, que le mariage emporte constitution *obligatoire* d'un patrimoine familial formé de certains biens des époux, sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens. Puisqu'il s'agit d'une disposition impérative, elle s'applique à tous les époux qui se sont mariés depuis le 1^{er} juillet 1989, ainsi qu'à tous ceux qui étaient déjà mariés à cette date et ne se sont pas soustraits à l'application de la loi¹².

L'article suivant prévoit que le patrimoine familial est composé des résidences de la famille ou des droits qui en confèrent l'usage, des meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, des véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et des droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite. Entrent aussi dans ce patrimoine les gains inscrits, durant le mariage, au nom de chaque époux en application de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*¹³ ou de programmes équivalents.

Le patrimoine familial trouve son fondement dans le caractère d'association lié au mariage. Il a pour objectif de favoriser l'égalité économique des conjoints tout en reconnaissant les contributions de chacun

9. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L. Q. 1989, c. 55. Le 21 juin 1989, l'Assemblée nationale adoptait le Projet de loi 146, sanctionné le lendemain et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1989.

10. Jean-Pierre SENÉCAL (1989), *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Les Éditions Wilson et Lafleur/Sorej Ltée, 223 p.

11. Danielle BURMAN et Jean PINEAU (1991), *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 195 p.

12. Dans la partie V (dispositions transitoires) de la loi instituant le patrimoine familial (Projet de loi 146), l'article 42, par. 1 prévoyait ce qui suit :

Les articles 462.1 à 462.13 du Code civil du Québec relatifs au patrimoine familial des époux sont applicables aux époux mariés avant l'entrée en vigueur desdits articles, à moins qu'ils ne manifestent, dans les dix-huit mois de leur entrée en vigueur, par acte notarié, ou par une déclaration judiciaire conjointe faite au cours d'une instance en divorce, en séparation de corps ou en nullité de mariage dont il est donné acte, leur volonté de ne pas y être assujéti en tout ou en partie. Cet acte notarié doit être inscrit au registre central des régimes matrimoniaux à la diligence du notaire instrumentant.

13. L. R. Q., c. R-9.

d'eux, sans égard à la nature de ces apports¹⁴. Comme le soulignent les professeurs Burman et Pineau, la préoccupation essentielle, au moment de l'adoption de la loi, portait sur la situation économique de la femme à la suite d'une rupture du mariage par séparation de corps, divorce ou décès du conjoint¹⁵. On visait particulièrement l'épouse qui, au moment de son mariage dans les années 1950 ou 1960 par exemple, s'était laissée convaincre par les professionnels du droit d'une certaine autonomie dans le mariage grâce au régime de la séparation de biens. Malheureusement, c'était là oublier que ce régime n'emporte une autonomie véritable pour l'épouse que dans la mesure où il lui est possible de devenir autonome financièrement, par les gains résultant de son propre travail par exemple, et non en raison des donations contenues dans le contrat de mariage. En fait, celles-ci peuvent possiblement être annulées par le tribunal à l'occasion d'une rupture ou ne plus avoir de valeur significative en raison de l'inflation.

Triste situation qui nécessitait des redressements, certes. Cependant, fallait-il pour autant supprimer la liberté de contracter des époux ? Ce qui pour les uns pouvait conduire à une situation injuste, notamment lorsque l'épouse n'avait accumulé aucun bien personnel parce qu'elle avait choisi de demeurer à la maison pour élever sa famille (comme le voulait le rôle traditionnel), pouvait pour les autres constituer le résultat d'un choix éclairé, par exemple en cas de remariage où l'épouse en secondes noces pouvait préférer conserver l'ensemble des biens accumulés sans crainte de devoir les partager ultimement avec son deuxième conjoint ou ses héritiers.

L'obligation de partager le patrimoine familial, qui est un effet direct du mariage, a retiré cette liberté de choix aux couples mariés en séparation de biens. Il faut bien l'admettre car, en pratique, le partage obligatoire écarte complètement les effets du régime séparatiste pour ce qui est des biens tombant dans la masse partageable. En fait, nous avons pu constater lors de l'énumération des biens le composant, que le patrimoine familial inclut la majeure partie des avoirs en valeur que l'un ou l'autre des conjoints a pu accumuler pendant le mariage. Ainsi, le régime matrimonial de la séparation de biens ne trouvera application qu'à l'égard des autres biens non énumérés au Code, s'il en est ! Soulignons aussi que le législateur interdit aux époux, qui y auraient songé, de déroger par contrat

14. Jean-Pierre SENÉCAL, *op. cit.*, note 10, p. 7.

15. Danielle BURMAN et Jean PINEAU, *op. cit.*, note 11, p. 1.

de mariage aux dispositions concernant le patrimoine familial ou même à renoncer à leurs droits pendant la durée de l'union¹⁶.

Il n'est pas sans intérêt de rappeler, du reste, que le législateur s'est vu contraint à voter les dispositions relatives au patrimoine familial en réaction à des pressions politiques et sociales. S'inspirant alors du modèle ontarien, qui n'était en réalité d'aucune utilité dans le droit québécois vu le régime légal de la société d'acquêts, l'Assemblée législative a néanmoins fait sienne une politique qui peut avoir pour résultat, en raison de la présence accrue des femmes sur le marché du travail, d'obliger ultimement une épouse à partager la moitié de ses biens avec son mari, et cela malgré le fait qu'elle soit mariée en séparation de biens¹⁷. C'est le danger qui guette la travailleuse contemporaine par suite de cette loi qui, en somme, ne vise que les femmes mariées depuis quelques décennies sous le régime de la séparation de biens. N'aurait-il pas mieux valu protéger ces dernières en adaptant davantage à leur situation les dispositions relatives à la prestation compensatoire¹⁸, plutôt que d'imposer un régime obligatoire à l'ensemble de la population sous prétexte que certaines avaient mal usé de leur choix de conventions matrimoniales ou, pis encore, qu'il valait mieux prévoir un moule uniforme pour tous ?

-
16. C. c. Q., articles 391 et 423 (1). Ce n'est qu'au moment du décès du conjoint ou du jugement de divorce, de séparation de corps ou de nullité du mariage qu'un époux pourra renoncer au partage, en tout ou en partie, au moyen d'un acte notarié ou d'une déclaration judiciaire publiée (C. c. Q., article 423 (2) et (3)).
 17. Danielle BURMAN et Jean PINEAU, *op. cit.*, note 11, pp. 3 à 5, 21 et suiv. Voir *contra* : Jean-Pierre SENÉCAL, *op. cit.*, note 10, pp. 5 à 9, 13 et 14.
 18. Voir en ce sens les propos du professeur Pierre Ciotola qui fait écho aux opinions émises, notamment, par les juges Beauregard et Nichols de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Droit de la famille-67*, [1985] C. A. 135, 141 et 150 (cet arrêt est souvent cité sous le nom des parties impliquées, soit *Poirier c. Globensky*) : Pierre CIOTOLA (1989), « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », *Cours de Perfectionnement du Notariat*, 2, pp. 1, 25 et suiv. Nous estimons, en conséquence, qu'il aurait été possible d'éviter l'imposition obligatoire d'un patrimoine familial si le législateur avait accordé aux tribunaux plus de discrétion dans l'octroi de la prestation compensatoire. Ainsi, un pouvoir d'appréciation plus large aurait permis aux tribunaux de rétablir l'équilibre économique des conjoints à l'égard de tous les biens acquis pendant le mariage, ou à tout le moins à l'égard de certaines catégories d'entre eux plutôt que de limiter, comme c'est le cas actuellement, l'indemnisation par prestation compensatoire aux seules situations où l'un des conjoints aurait contribué à l'enrichissement du patrimoine de l'autre par son apport exceptionnel en biens et en services. Voir aussi : Pierrette RAYLE (1988), « La prestation compensatoire et la Cour d'appel cinq ans plus tard », *Revue du Barreau*, 48, pp. 225, 244 et suiv.

1.2 Les relations entre conjoints de fait en droit québécois

Dans une société déjà trop réglementée, les conjoints délaissent le mariage au profit de l'union libre. Selon le *Dictionnaire de droit comparé*, l'union de fait (ou si l'on préfère son synonyme « union libre ») est l'« État d'un homme et d'une femme vivant maritalement hors mariage¹⁹ ». Cette définition peut être complétée par celle du professeur Pineau qui précise que l'union libre « est un mariage apparent, supposant une vie commune qui crée des rapports que l'on ne peut pas toujours ignorer²⁰ ». Or, l'union libre demeure malgré tout « ignorée » dans le *Code civil* en dépit d'une tentative par l'Office de révision du *Code civil* de l'inclure dans sa réforme²¹, laquelle tentative s'est soldée par un échec à la suite des représentations faites au cours des années 1970 par des groupes provenant de divers milieux.

Quoi qu'il en soit, comme le signalent des auteurs, l'union libre procède d'une tout autre dynamique que le mariage²². Contrairement à celui-ci, les partenaires ne sont pas assujettis aux obligations légales qui existent dans le mariage, tels le devoir de respect, fidélité, secours et assistance et l'obligation de faire vie commune (art. 392 C. c. Q.), ni même l'obligation de contribuer selon leurs facultés respectives aux charges du ménage (art. 396 C. c. Q.). Par ailleurs, pendant l'union, chacun d'eux peut pleinement et librement disposer de ses biens comme il l'entend, au même titre que tout autre « célibataire ». Au plan juridique, nous l'avons dit, les seuls avantages reconnus aux conjoints pendant l'union résultent des lois à caractère social ; ces dernières n'ont, malgré tout, qu'une application limitée aux situations précises prévues dans chacune d'elles.

C'est à l'occasion d'une rupture que l'union libre présente des différences notables avec le mariage. D'une part, l'un des partenaires ne peut prétendre à la protection de la résidence familiale acquise par l'autre. D'autre part, sous réserve de ce que nous avons déjà mentionné au sujet des poursuites judiciaires alléguant l'existence d'une société tacite ou de

19. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC (1991), *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, 2^e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., p. 575.

20. Jean PINEAU, *op. cit.*, note 5, p. 11.

21. Voir par exemple les articles 102 à 108 proposés à l'origine par l'Office dans son *Rapport sur la famille*, 1^{re} Partie, vol. 26, 1974, pp. 285 à 302. Seul l'article 338 (concernant les aliments entre conjoints de fait) a survécu dans le *Projet de Code civil* de 1977. Cependant, cet article n'a pas été retenu ultimement lors de l'adoption de la première tranche du *Code civil du Québec* en 1980.

22. Francine LEPAGE, Guylaine BÉRUBÉ et Lucie DESROCHERS (1992), *Vivre en union de fait au Québec*, 2^e édition, Québec, Conseil du Statut de la femme, Les Publications du Québec, pp. 35 et suiv.

l'enrichissement sans cause, chacun des conjoints de fait conserve ses biens sans devoir procéder au partage du patrimoine familial, au versement d'une prestation compensatoire ou au paiement d'une pension alimentaire.

L'absence d'effets civils obligatoires rend, sans contredit, la rupture facile à opérer au plan comptable. Bien entendu, cela risque de plaire davantage au conjoint de fait le plus fortuné. En effet, il n'est redevable d'aucune mesure tendant à rétablir l'équilibre économique du patrimoine plus faible de son ex-partenaire.

1.3 L'égalité économique dans le mariage : une cible ratée ?

Compte tenu précisément de ce déséquilibre potentiel qui peut survenir lors de la rupture de l'union libre et des revirements législatifs récents qui favorisent l'égalité économique des époux en mariage, celui-ci devrait logiquement connaître une popularité renouvelée dans la société québécoise contemporaine. Cependant, les statistiques les plus récentes indiquent le contraire²³. Nous constatons qu'un nombre important de couples ne se marient plus. Quand il est question de remariage, les chiffres surprennent davantage²⁴. Ces personnes préfèrent-elles la liberté que représente l'union de fait aux obligations et, il faut l'avouer, à la sécurité qui peuvent résulter des effets du mariage ?

Dans un article récent²⁵ une auteure s'est interrogée sur les facteurs reliés au développement de l'union libre au Québec. Se fondant sur l'ouvrage d'Évelyne Sullerot²⁶, elle énumère, en outre, différents facteurs

23. Les statistiques révèlent qu'en 1991, 28 922 mariages ont été célébrés au Québec. Ceci représente une baisse de 10 % par rapport à l'année précédente où l'on comptait 32 059 mariages. Comparez ces chiffres à ceux des années 1970 et 1980 qui indiquent respectivement que près de 50 000 et 45 000 mariages avaient été célébrés à ces époques : BUREAU DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 1, p. 67.

24. Le Bureau de la statistique rapporte que, tout comme la nuptialité des célibataires, le remariage diminue chez les veufs/veuves. Seulement 794 veufs et 775 veuves se sont mariés en 1991, alors qu'il y a 10 ans seulement, on comptait près de 1200 remariages de veufs et presque autant de remariages de veuves. En rapportant les remariages aux nouveaux veufs/veuves des dernières années, le Bureau estime, de façon générale, la proportion des veufs qui se remarient à 10-15 %, et celle des veuves à environ 5-10 % : *Id.*, p. 72.

25. Francine LEPAGE (1992), « La famille et l'union libre font-elles bon ménage ? », dans Gilles PRONOVOST (sous la direction de), *Comprendre la famille, Actes du 1^{er} symposium québécois de recherche sur la famille*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université du Québec, pp. 197, 201.

26. Évelyne SULLEROT (1984), *Pour le meilleur et sans le pire*, Paris, Fayard, 257 p.

d'ordre psycho-social qui réduiraient l'importance du mariage comme institution, tels par exemple la valorisation de l'individu et de l'autonomie ainsi que le refus des conventions et de l'irréversible.

Ces facteurs expliqueraient, du moins en partie, l'engouement de notre société contemporaine pour l'union libre. Cette même auteure, dans le cadre d'une étude réalisée par le Conseil du statut de la femme, ajoute que les conjointes de fait participent davantage au marché du travail que les épouses. Cela suppose que les premières sont donc moins dépourvues que les secondes advenant une rupture²⁷.

Au-delà de ces arguments de taille, il nous faut également considérer l'impact de l'interventionnisme du législateur dans la réglementation des effets civils du mariage. Plus particulièrement, l'adoption des dispositions relatives au partage du patrimoine familial pourrait bien, à notre avis, décourager certaines personnes de se marier. Le pourcentage sans cesse croissant de gens vivant en union libre mérite à tout le moins que l'on se penche sur cette question.

Dans les faits, nous l'avons écrit, le législateur a retiré aux époux mariés en séparation de biens le libre choix de la conclusion de leurs conventions matrimoniales²⁸. Or, l'absence de consentement des époux à la formation obligatoire d'un patrimoine familial et les règles gouvernant son partage ultérieur advenant une rupture pourraient bien inciter certaines personnes à s'abstenir de contracter mariage une première fois, et surtout une seconde²⁹. Préférant unir leurs cœurs plutôt que leurs patrimoines, la solution de l'union libre pourrait sembler plus attrayante pour plusieurs, et cela encore davantage lorsqu'il s'agit du remariage de personnes ayant déjà accumulé certains biens. Il n'existe pas de statistiques sur ce point, mais nous avons recueilli de nombreux commentaires en ce sens dans le milieu depuis l'adoption des articles sur le patrimoine familial.

27. Voir : Francine LEPAGE, *loc. cit.*, note 25, pp. 199 et 205 ; Francine LEPAGE, Guylaine BÉRUBÉ et Lucie DESROCHERS, *op. cit.*, note 22, pp. 14 et suiv.

28. Danielle BURMAN et Jean PINEAU, *op. cit.*, note 11, pp. 5, 8 et suiv.

29. M^e Jean-Pierre Sénécal soutient le contraire, toutefois. Quant à lui, le concubinage est d'abord une question de mentalité et de culture avant d'être un choix dicté par des considérations matérielles : Jean-Pierre SENÉCAL, *op. cit.*, note 10, p. 9. Pour nous, même en supposant que cet argument peut trouver une application limitée auprès des jeunes et de certaines personnes qui ne se préoccupent pas davantage de questions financières au moment d'entrer en union libre, il est loin d'encourager des personnes plus fortunées à mettre en commun, par l'effet du mariage, le produit des gains accumulés jusqu'alors.

Serait-ce donc dire que l'objectif d'équilibre et d'égalité économique dans le mariage n'aurait pas atteint sa cible ? Le mécontentement qui résulte de l'imposition obligatoire d'un patrimoine familial et le pourcentage croissant de gens qui préfèrent ne plus se marier signalent-ils, en fait, l'échec de la politique du législateur ? Quant à nous, il demeure certain que le partage obligatoire d'un patrimoine familial peut encore constituer l'unique source de protection de l'épouse qui, suivant le cas classique, se serait mariée sous le régime de la séparation de biens et n'aurait pas travaillé à l'extérieur du foyer pendant la majeure partie du mariage. Cependant, dans quelle mesure cette situation correspond-elle actuellement à celle de l'ensemble des femmes au Québec ?

Que dire aussi des générations futures d'épouses qui, après mûre décision, se marieront sous le régime séparatiste et exerceront des activités rémunératrices à l'extérieur du foyer ? Nous osons affirmer que dans la mesure où s'accroît le pourcentage des femmes au travail, les dispositions relatives au partage du patrimoine familial ne seront plus d'un secours utile. Bien au contraire, le morcellement obligatoire des biens légalement partageables qu'elles auront elle-mêmes amassés pourrait inciter les travailleuses autonomes à ne pas se marier et à choisir plutôt le concubinage comme forme d'union.

Par ailleurs, il faut aussi l'admettre, l'application qui est présente-ment faite des mesures dites « égalitaires », tels la prestation compensatoire et le partage du patrimoine familial, démontre qu'il n'y a pas d'égalité économique réelle entre époux. Trois facteurs, entre autres, justifient cette conclusion, à savoir : 1) il est facile pour un époux avisé de faire échec à la protection économique de son conjoint économiquement faible à cause de l'énumération limitative des biens composant la masse partageable³⁰ ; 2) les tribunaux peuvent ordonner le *partage inégal du patrimoine* en s'appuyant sur des critères imprécis basés sur l'inconduite et la

30. Puisque le législateur s'est borné à énumérer de façon limitative les biens qui composent le patrimoine familial, tous les autres en sont exclus automatiquement. Ainsi, n'entreraient pas dans le partage les comptes en banque, valeurs mobilières et immeubles à revenus pour n'en nommer que quelques-uns. C'est pourquoi nous sommes d'avis qu'un conjoint avisé, marié sous le régime de la séparation de biens, n'aurait qu'à investir dans la catégorie des biens exclus, c'est-à-dire non énumérés par le législateur (voir *supra*), afin d'échapper au partage de ces biens. Voir aussi : Danielle BURMAN et Jean PINEAU, *op. cit.*, note 11, p. 78.

mauvaise foi³¹ ; et enfin 3) les tribunaux accordent très rarement des prestations compensatoires aux épouses qui en font la demande³².

Pour toutes ces raisons, nous estimons que la politique initiale poursuivie par le législateur visant l'égalité des époux au plan économique risque de rendre l'union *légitime* moins intéressante, surtout en cas de remariage ou lorsque les futurs conjoints ont tous deux l'intention d'exercer une activité rémunérée. En somme, l'interventionnisme du législateur nous conduit même à nous interroger sur la perception sociale de l'institution du mariage en raison de ses effets lourds et contraignants. Il sied, en conséquence, de s'interroger sur les perspectives de changement qui pourraient possiblement redorer le blason de l'union légitime.

2. QUELLE(S) POLITIQUE(S) DOIT-ON SUIVRE À L'AUBE DU XXI^e SIÈCLE ?

Le législateur ne se retrouve-t-il pas maintenant devant un dilemme ? En effet, au lieu de favoriser le mariage comme le veut son objectif traditionnel, son intervention malhabile n'aurait-elle pas pour conséquence d'en éloigner les couples ? Les réflexions qui suivent ont d'abord pour but de formuler quelques hypothèses d'ordre général sur les diverses perspectives qui s'offrent à l'aube du siècle nouveau. Nous discuterons ensuite plus particulièrement des possibilités de réaménager le cadre juridique des règles concernant les époux et les conjoints de fait.

31. Voir, par exemple, les articles 421 et 422 du nouveau *Code civil*. Les professeurs Burman et Pineau critiquent ces dispositions en raison du fait que les tribunaux doivent sanctionner les inconduites en n'accordant l'égalité économique qu'au partenaire modèle n'ayant pas, par exemple, dilapidé les biens ou fait preuve de mauvaise foi. Or, de quelle manière le tribunal apprécie-t-il l'inconduite et la mauvaise foi ? En théorie, l'interprétation discrétionnaire faite par un juge de première instance sur ces questions pourrait entraîner l'analyse judiciaire d'un litige jusqu'en Cour suprême. Voir : Danielle BURMAN et Jean PINEAU, *op. cit.*, note 11, pp. 175 et suiv.

32. La situation actuelle, qui résulte d'une approche malhabile du législateur ayant restreint l'exercice du recours à des conditions limitatives assimilables à l'enrichissement sans cause, fait en sorte que la prestation compensatoire favorise non pas l'épouse, souvent le conjoint le plus défavorisé au plan économique, mais plutôt son mari. Voir à ce sujet : Pierrette RAYLE, *loc. cit.*, note 18, pp. 235 et 236 ; Pierrette RAYLE et Suzanne ANFOUSSE (1989), « Prestation compensatoire : les derniers jugements de la Cour d'appel », dans FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC (sous la direction de), *Nouveaux développements en droit familial : les aspects économiques d'une rupture*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., pp. 151-170.

2.1 Les perspectives générales

Face au conflit qui peut opposer le mariage et l'union libre, trois propositions se présentent logiquement en guise de solution, à savoir le maintien du statu quo, l'annulation des avantages conférés aux conjoints de fait et, enfin, l'abolition du mariage. Perspectives étonnantes, certes ! Cependant, l'analyse de chacune d'elles pourrait nous permettre de mieux choisir et d'élaborer la politique à suivre dans les rapports entre partenaires.

En premier lieu, le législateur québécois pourrait choisir de maintenir le statu quo, c'est-à-dire conserver l'institution du mariage dans sa forme actuelle tout en tolérant l'union libre comme mode alternatif d'engagement. Cette solution n'est pas sans mérite car elle éviterait des tollés de protestation de la part du public. En fait, elle permettrait d'assurer la protection sociale des conjoints de fait, tout en perpétuant la souplesse de l'union libre qui ne connaît pas de règles impératives à ce jour. Toutefois, nous y voyons un certain inconvénient à cause de la confusion qui règne actuellement dans l'esprit de certains à l'égard de l'étendue des droits présumément « semblables » entre époux mariés et conjoints de fait. Par surcroît, au plan juridique, il faut nous interroger sur l'opportunité de maintenir un système hybride pouvant se révéler, en comparaison, source d'injustice pour les époux mariés. En effet, les concubins, à qui l'on reconnaît le statut de « conjoint » dans diverses lois sociales, bénéficient d'une protection qui n'est compensée par aucune obligation semblable à celles dont les époux légitimes sont assujettis par les effets civils du mariage. Or, n'est-ce pas là favoriser l'union libre au détriment du mariage ? Certains couples mariés pourraient le voir ainsi. Nous y reviendrons plus loin.

Deuxièmement, l'Assemblée législative pourrait choisir d'effacer toute trace du concubinage ! Suivant cette hypothèse, le législateur du Québec pourrait annuler toutes les dispositions contenues dans les lois sociales qui protègent les partenaires de fait. Cette solution aurait pour avantage incontestable de privilégier uniquement l'institution du mariage et d'écartier toute ambiguïté en rapport à la situation de l'union libre. En fait, celle-ci ne jouirait plus d'aucun effet juridique. Cependant, force nous est de conclure, de toute évidence, que cette politique rétrograde ne serait pas suivie car elle nierait les progrès louables accomplis au plan social par l'État québécois depuis les dernières décennies. Aux tenants de cette position qui ne privilégient que le mariage légitime, nous conseillerions, dans le but de faire respecter davantage cette institution sacrée, de concentrer plutôt leurs efforts à veiller à ce que soient rendues plus difficiles ses conditions de formation et de dissolution.

Troisième solution possible : effacer toute trace du mariage ! Contrairement à la proposition précédente, celle-ci mettrait en doute la prémisse même du mariage comme origine légale du couple en droit civil. Or, on le sait, le législateur a fondé les rapports matrimoniaux sur l'institution du mariage. Toutefois, quelle est la valeur actuelle de ce dernier dans notre société contemporaine où l'union libre est reconnue implicitement par l'État ? Devrions-nous conserver le mariage pour déterminer légalement qui constitue un couple ? Notons, à l'instar d'un auteur, que le droit soviétique avait déjà adopté une position semblable visant à abolir le mariage en le remplaçant par l'union de fait et le divorce par consentement mutuel. Par contre, écrit le professeur Pineau, le législateur soviétique fit ensuite « un pas en arrière, en exigeant récemment l'enregistrement des mariages et en réglementant le divorce³³ ». Quant à nous, l'abolition du mariage paraît non seulement peu souhaitable en raison de l'instabilité que cela risquerait de créer au plan social, mais aussi impossible à cause de l'estime dont cette institution jouit incontestablement depuis des siècles. Nombreuses sont les personnes qui désirent encore voir leur union consacrée par une autorité religieuse ou civile. Au surplus, ce sentiment ne connaît pas de limites géographiques ou sociales !

Des trois hypothèses décrites ci-dessus, celle visant le maintien du statu quo nous paraît la plus raisonnable et réaliste. Néanmoins, le régime actuel ne bénéficierait-il pas d'un certain réaménagement pouvant mieux répondre aux attentes des couples des années 1990 ? Pour cette raison, nous soumettons des propositions qui se rapportent tant au mariage qu'à l'union libre.

2.2 La « dés-institutionnalisation » des effets civils patrimoniaux du mariage : une solution viable pour les époux ?

Les obligations purement patrimoniales³⁴ découlant de l'état de personne mariée, plus particulièrement la résidence familiale, la prestation compensatoire et le patrimoine familial, sont à la source des litiges entre époux au moment de la rupture du mariage. En guise de solution, ne pourrait-on pas suggérer au législateur de rendre simplement supplétifs, et non pas obligatoires, les articles du chapitre quatrième concernant les effets civils patrimoniaux du mariage ? De cette façon, les futurs époux pourraient déterminer librement, par contrat, les aspects patrimoniaux résultant de l'état de personne mariée.

33. Jean PINEAU, *op. cit.*, note 5, p. 11.

34. Nous excluons de cette discussion les rapports purement personnels des époux concernant, par exemple, les devoirs de respect, fidélité, secours et assistance prévus à l'article 392 (2) du nouveau *Code civil*.

Ainsi, au moment de la préparation du contrat de mariage et après consultation auprès d'un professionnel du droit³⁵, les futurs époux pourraient conclure une entente parallèle concernant leurs obligations patrimoniales dans le mariage. Les termes de cette entente pourraient se rapprocher des obligations prévues au Code, tout en excluant par exemple, au gré des parties, les dispositions relatives au patrimoine familial. Les époux bénéficieraient ainsi d'une véritable liberté de choix, non seulement dans leurs conventions matrimoniales, mais aussi quant à leurs obligations patrimoniales fondamentales en mariage. Suivant cette hypothèse, ce ne serait qu'à défaut de conclure ou de s'entendre sur un tel accord parallèle que les effets civils patrimoniaux du mariage prévus au *Code civil du Québec* seraient applicables de plein droit aux époux, et cela de la même manière que le régime légal de la société d'acquêts s'applique automatiquement aux conjoints qui s'épousent sans contrat de mariage.

Bien entendu, l'entente serait soumise aux règles générales relatives aux obligations contractuelles ; par exemple, elle serait annulable en raison de tout vice de consentement. C'est dire aussi, notamment, que l'exigence de la bonne foi³⁶ trouverait ici sa pleine application.

Certains pourraient considérer cette hypothèse comme un avantage réel pour les couples désirant se marier sous le régime matrimonial de la séparation de biens. Contrairement à la situation décrite précédemment selon laquelle les époux mariés sous le régime séparatiste perdent, à toute fin utile, leur liberté de choix par l'imposition d'une masse partageable, suivant cette nouvelle solution les futurs époux ne seraient pas couverts obligatoirement par le chapitre quatrième et ses articles sur le patrimoine familial. Ils retrouveraient alors non seulement les pleins effets du choix de leur régime matrimonial, mais ils pourraient en plus déterminer eux-mêmes conventionnellement les limites de leurs obligations patrimoniales dans le mariage, possibilité qui leur a échappé jusqu'à maintenant.

2.3 Les partenaires en union libre et les contrats de vie publiés

Nous avons déjà signalé le malaise qui résulte du fait que les concubins bénéficient des avantages prévus dans certaines lois sociales tout en échappant aux obligations résultant de l'état de personne mariée. Par ailleurs, nous savons aussi qu'à l'occasion de la rupture de l'union libre le

35. Tout comme cela se passe actuellement chez le notaire, par exemple, qui conseille les futurs époux dans le choix de leurs conventions matrimoniales, tout conseiller en loi pourrait de la même manière éclairer les gens sur les termes de l'entente parallèle pouvant régir leurs obligations fondamentales patrimoniales en mariage.

36. C. c. Q., article 1375.

partenaire le moins favorisé au plan économique se retrouve dans une situation désavantageuse puisqu'il ne peut rien réclamer à son ex-conjoint, à moins de faire la preuve judiciaire d'une société tacite ou d'un enrichissement sans cause. Or, pour éviter de telles situations fâcheuses et pour s'assurer de l'application des lois sociales, ne serait-il pas possible d'envisager la publication de « contrats de vie » entre concubins ?

En fait, l'idée des contrats de vie sanctionnés par le droit n'est pas nouvelle en soi et a d'ailleurs été traitée par différents auteurs³⁷. Cependant, la présente proposition viserait deux buts particuliers. Premièrement, le contrat de vie pourrait reconnaître incontestablement le statut de « conjoint » afin que les partenaires bénéficient immédiatement³⁸ et incontestablement de la protection accordée par les lois sociales. Deuxièmement, l'entente de vie publiée pourrait, si les partenaires le désiraient, établir l'étendue de leurs obligations respectives pendant l'union de fait et au moment de sa rupture.

Au plan pratique, les formalités pourraient être réduites au minimum, à savoir que chacun des partenaires n'aurait qu'à signer et déposer conjointement un contrat standard au bureau de la publicité des droits. L'entente, qui contiendrait soit le simple énoncé d'une union de vie partagée publiquement, soit l'essence des obligations respectives des parties, pourrait être publiée au registre des droits personnels et mobiliers³⁹ du bureau de la publicité des droits⁴⁰ de leur région.

Puisque l'accord signé pourrait n'avoir pour but que de conférer publiquement un statut de « conjoint » aux deux partenaires, les lois sociales ne leur seraient applicables que *dans la mesure où les concubins auraient publicisé leur union*, avec ou sans aménagement de l'étendue de leurs obligations respectives. Ainsi, ce ne serait qu'à défaut de procéder à

37. Voir *supra*, note 2. Voir aussi : Francine LEPAGE, Guylaine BÉRUBÉ et Lucie DESROCHERS, *op. cit.*, note 22, pp. 99 et suiv.

38. Dans les régimes d'assurance sociale, on retient un critère minimal lié soit à la simple durée de l'union (ex. trois ans) soit à une période de temps plus limitée (ex. une année) lorsqu'un enfant en est issu. Dans les régimes d'assistance sociale, en outre, les partenaires en union libre sont reconnus « conjoints » au même titre que les époux dès la cohabitation. Pour une discussion du terme « conjoint » relative aux partenaires en union libre, voir : Francine LEPAGE, Guylaine BÉRUBÉ et Lucie DESROCHERS, *op. cit.*, note 22, pp. 59 et suiv.

39. C. c. Q., articles 2934, 2938 (3) et 2980.

40. C. c. Q., article 2969.

ces formalités minimales⁴¹ que les conjoints de fait se verraient exclus de la définition légale de « conjoint ».

Cette solution aurait même possiblement l'avantage d'éliminer l'injustice perçue par certains époux en ce qui a trait à la protection sociale accordée aux concubins sans obligation civile correspondante. En effet, le législateur pourrait choisir d'uniformiser la définition de « conjoint » dans les diverses lois sociales en la limitant *uniquement* aux époux mariés et à ceux ayant conclu un contrat de vie publié.

Telle que nous la proposons, la solution des contrats de vie publiés aurait possiblement aussi pour avantage subsidiaire de reconnaître l'existence d'unions non permises traditionnellement. En effet, la garantie juridique pouvant être rattachée à la publicité d'un contrat de vie par lequel une personne admet publiquement vivre avec une autre à titre de conjoint permettrait, à moins d'indication contraire, d'accepter des formes d'unions non traditionnelles. Ainsi pourrait être évitée la situation juridique qui empêche présentement les couples homosexuels de réclamer une protection étatique à titre de « conjoint » par l'entremise d'une loi sociale. De cette façon, il ne leur suffirait que de publier l'existence de l'union, tout comme les couples hétérosexuels. Sans doute novatrice, certains diraient même étonnante, cette solution aurait pour avantage indéniable de se concilier aux dispositions des Chartes fédérale et provinciale des droits et libertés⁴² et d'éliminer, du même coup, tout sentiment d'injustice sociale qui découle, on le sait, de l'intolérance et de l'immobilisme juridique à cet égard.

CONCLUSION

Au terme de cette étude qui ne se veut, somme toute, qu'une réflexion sur les diverses hypothèses envisageables à l'aube du XXI^e siècle, il nous apparaît clair que les solutions traditionnelles ne correspondent plus nécessairement à la réalité des nouveaux modes de vie et aux aspirations des couples des années 1990.

41. Bien que formaliste, cette condition demeure néanmoins moins rigoureuse que celle contenue dans les régimes d'assurance sociale actuels puisqu'elle ne dépendrait pas du critère de la durée de l'union ou de la naissance d'un enfant.

42. *Charte canadienne des droits et libertés* dans *Loi de 1982 sur le Canada*, L. R. C. 1985, app. II, no. 44, annexe B, partie I, article 15 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L. R. Q., c. C-12, articles 10 et suiv.

Le législateur, nous l'avons dit, est intervenu au cours des années 1980 pour rétablir l'équilibre des rapports patrimoniaux entre conjoints. Quoique bien intentionnée, son intervention fut malhabile à plusieurs égards de sorte que les objectifs de protection n'auraient pas vraiment atteint leur cible. Pis encore, il en résulte même le retrait de la liberté des époux de jouir, au plan pratique, des effets du régime matrimonial de la séparation de biens.

Or, le mécontentement perçu chez le public, qui semble de plus en plus préférer l'union libre au mariage, serait-il attribuable à cet interventionnisme mal conçu ? Bien sûr, divers facteurs peuvent inciter des personnes à vivre en union libre. Toutefois, dans la mesure où ce choix s'explique, même partiellement, par les revirements législatifs récents, nous croyons qu'il faut envisager des hypothèses pouvant mieux répondre aux attentes des couples à l'aube du XXI^e siècle.

Les propositions que nous venons de présenter ne constituent qu'une simple ébauche du travail qu'il reste à accomplir. À ce titre, elle n'ont pour seul mérite que de susciter des débats auxquels le législateur, nous le souhaitons, saura se montrer attentif.

BIBLIOGRAPHIE

- ALLARD, Serge, Serge BINETTE et Pierre CIOTOLA (mars 1985), « Le concubinage », *Les Cahiers de la Chambre des notaires du Québec*, 8, n° 1A, pp. 125-142.
- BUREAU DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC (1993), *La situation démographique au Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 219 p.
- BURMAN, Danielle et Jean PINEAU (1991), *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 195 p.
- CAPARROS, Ernest (1991), *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd. (3^e tirage), Montréal, Les Éditions Wilson et Lafleur Ltée, 342 p.
- CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC (1991), *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, 2^e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 741 p.
- CIOTOLA, Pierre (1989), « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », *Cours de Perfectionnement du Notariat*, 2, pp. 1-133.
- D.-CASTELLI, Mireille et Éric-Olivier DALLARD (1993), *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 526 p.

- GUY, Marcel (1981), « Les accords entre concubins et entre époux après la loi no. 89 », *Cours de perfectionnement du Notariat*, pp. 157-175.
- LEPAGE, Francine (1992), « La famille et l'union libre font-elles bon ménage ? », dans PRONOVOST, Gilles (sous la direction de), *Comprendre la famille, Actes du 1^{er} symposium québécois de recherche sur la famille*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université du Québec, pp. 197-210.
- LEPAGE, Francine, Guylaine BÉRUBÉ et Lucie DESROCHERS (1992), *Vivre en union de fait au Québec*, 2^e édition, Québec, Conseil du Statut de la femme, Les Publications du Québec, 124 p.
- PINEAU, Jean (1983), *La famille, Droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 348 p.
- RAYLE, Pierrette (1988), « La prestation compensatoire et la Cour d'appel cinq ans plus tard », *Revue du Barreau*, 48, pp. 225-248.
- RAYLE, Pierrette et Suzanne ANFOUSSE (1989), « Prestation compensatoire : les derniers jugements de la Cour d'appel », dans (FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC) (sous la direction de), *Nouveaux développements en droit familial : les aspects économiques d'une rupture*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., pp. 151-170.
- SENÉCAL, Jean-Pierre (1989), *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Les Éditions Wilson et Lafleur/Sorej Ltée, 223 p.
- SULLEROT, Évelyne (1984), *Pour le meilleur et sans le pire*, Paris, Fayard, 257 p.