

L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple

Christianne Dubreuil and Brigitte Lefebvre

Volume 40, Number 2, 1999

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043545ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043545ar>

[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

Dubreuil, C. & Lefebvre, B. (1999). L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple. *Les Cahiers de droit*, 40(2), 345–365.

<https://doi.org/10.7202/043545ar>

Article abstract

Public order has always held an important place in family law. A change has, however, occurred in that public order has evolved from a directive to a protective function, especially in the relationship of couples. In this paper, the authors underscore the place and the role played by public order in the patrimonial relationships of lawfully wedded and de facto spouses, both during their union and upon the dissolution of the latter.

L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple*

Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE**

L'ordre public occupe depuis toujours une place importante dans le droit de la famille. On constate toutefois une mutation, d'un ordre public de direction vers un ordre public de protection, particulièrement dans les relations de couple. Dans le présent texte, les auteures font ressortir la place et le rôle que joue l'ordre public dans les rapports patrimoniaux des époux et des conjoints de fait, tant durant l'union qu'à la dissolution de celle-ci.

Public order has always held an important place in family law. A change has, however, occurred in that public order has evolved from a directive to a protective function, especially in the relationship of couples. In this paper, the authors underscore the place and the role played by public order in the patrimonial relationships of lawfully wedded and de facto spouses, both during their union and upon the dissolution of the latter.

* Le présent texte constitue la version remaniée d'un rapport soumis dans le cadre des Journées libanaises de l'Association Henri-Capitant, en mai 1998, à Beyrouth.

** Christianne Dubreuil : professeure, Faculté de droit, Université de Montréal ; Brigitte Lefebvre : professeure, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

	<i>Pages</i>
L'ordre public en matière familiale	347
1. Le rôle de l'ordre public dans le mariage	350
1.1 Les rapports patrimoniaux durant le mariage	351
1.2 Les rapports patrimoniaux à la dissolution du mariage	353
1.2.1 La dissolution par décès	353
1.2.2 La dissolution par le divorce	355
1.2.2.1 Le partage des biens dans les conventions de divorce	355
1.2.2.2 Les donations assorties d'une condition prenant effet au divorce	356
2. Le rôle de l'ordre public dans le concubinage	357
2.1 Les rapports patrimoniaux pendant la vie commune	359
2.2 Les rapports patrimoniaux après la dislocation de l'union de fait	360
2.2.1 Les conjoints	360
2.2.2 Les enfants	362
Conclusion	364

Le droit de la famille a toujours été un domaine de prédilection pour l'ordre public. L'importance de la famille comme véhicule et reflet des valeurs de la société suffit à justifier l'intervention du législateur dans cette sphère du droit en instaurant des règles d'ordre public¹. Si certains aspects du droit de la famille relèvent sans l'ombre d'un doute de l'ordre public, tels le droit au mariage, les devoirs des époux, la dissolution du lien matrimonial, la filiation et la protection de l'enfant, l'intervention de ce dernier

1. Nous entendons traiter de l'ordre public dans son sens large. Certains juristes font une distinction entre la notion d'ordre public et celle de règles impératives, la première n'étant vouée à s'appliquer qu'à des questions d'intérêt général. En conséquence, toute règle d'ordre public est une règle impérative, mais l'inverse n'est pas vrai. J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil—Les obligations : le contrat*, t. 2, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 89, *contra* : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, t. 1, vol. 1, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1986, p. 108. Pour sa part, le droit québécois a été réceptif à l'idée d'ordre public de protection. Ainsi, nous englobons ici dans la notion d'ordre public celle de règles impératives. Par ailleurs, il convient de souligner que le droit québécois ne distingue plus l'ordre public et les bonnes mœurs. Cette dernière notion, à connotation essentiellement morale, est moindre et incluse. Voir les commentaires faits sur les articles 8 et 9 C.c.Q. : G. RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 9. Sur la notion de bonnes mœurs, voir : J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », dans *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit civil*, t. VII, Paris, Dalloz, 1993, n^{os} 127-137, pp. 16 et 17.

ne se justifie pas d'office pour les questions patrimoniales. Pour ce faire, il faut considérer la famille comme une entité distincte des individus qui la composent et ayant des intérêts qui lui sont propres. Les politiques législatives en matière familiale doivent tenir compte de celle-ci². Il faut accepter la prémisse que l'union de personnes entraîne inévitablement la mise en commun *de facto* et l'utilisation commune de certains biens.

L'évolution du droit québécois dans ce domaine permet de constater, d'une part, qu'il est peu justifié pour le législateur d'intervenir en ce qui concerne les contrats conclus entre époux, ces derniers devant être traités de la même façon que tout autre contractant. Ainsi, sur certains aspects, l'ordre public en matière familiale s'estompe. Le législateur ne prohibe plus les contrats entre époux ni la mutabilité des régimes. D'autre part, le vent protectionniste qui souffle sur le droit québécois et qui protège certains sujets de droit jugés économiquement plus faibles se fait sentir également dans cette sphère du droit. À ce titre, on a vu poindre au cours des dernières années un ordre public économique, qui intervient par l'instauration d'un régime primaire, protège certains actifs de la famille, assure un partage de certains biens familiaux et restreint la liberté illimitée de tester afin de contrer ses effets néfastes.

Après un bref rappel des motifs qui sous-tendent l'intervention de l'ordre public en droit familial, nous examinerons plus précisément la portée de son intervention dans les relations de couple, durant l'union et lors de sa dissolution. Notre étude portera à la fois sur l'union maritale et sur l'union de fait.

Tout au long du texte, nous ferons état de plusieurs institutions ou mécanismes juridiques du droit de la famille. Cependant, nous n'avons aucunement la prétention ni l'intention d'en faire une étude exhaustive. Nous ne nous y référons que pour faire ressortir la place et le rôle de l'ordre public en matière familiale.

L'ordre public en matière familiale

L'ordre public s'est toujours intéressé aux questions d'ordre familial. L'ordre public classique, ordre public politique de direction, vise à assurer la défense de l'État, de la famille et de la morale³. Le législateur intervient

-
2. Sur la question de l'équilibre entre les époux et la famille, voir les propos tenus par le professeur Caparros sur le régime primaire : E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, pp. 16-18.
 3. L'ordre public est un concept qui permet à la morale de pénétrer le droit. Sur les liens entre la morale et le droit, voir : G. RIFERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949 ; P. JESTAZ, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », (1990) 89 *R.T.D.Civ.* 625.

à ce titre afin de contrer les initiatives individuelles qui pourraient ébranler les piliers de la société. La famille est vue comme l'assise, la base même de la société. Cet ordre public se justifie au nom de la protection d'intérêts supérieurs, de la suprématie de l'État qui traite de questions d'intérêt général et non d'intérêts privés⁴.

Si l'on retient cette perspective, l'intérêt général s'oppose aux intérêts privés. La doctrine a souligné à bon escient que l'ordre public n'ignore pas toujours les intérêts privés : c'est notamment le cas lorsqu'il intervient sur des questions patrimoniales. Pour s'affranchir de l'impasse conceptuelle où mène l'opposition entre l'intérêt général et les intérêts privés, un auteur a proposé de retenir plutôt le critère de l'intérêt social⁵. Cette vision des choses a été reçue par la jurisprudence québécoise. La juge Lebel s'exprime ainsi :

Il s'agit non seulement de balancer les intérêts respectifs des parties en cause dans le litige mais, également, de tenir compte des intérêts de la société dans son ensemble. Ainsi, si l'application d'une disposition confère plus d'avantages à une partie qu'elle ne cause de préjudice à l'autre et que, de surcroît, elle sauvegarde ou favorise l'intérêt de la société dans son ensemble, la balance penche clairement du côté de l'ordre public. À ce moment, ce sont des intérêts sociaux qu'on oppose à la partie adverse⁶.

De plus, on pourrait être tenté d'opposer ordre public et liberté, la liberté des individus étant limitée par cet ordre public⁷. Même si l'on ne peut nier cette conséquence, ce serait porter un jugement trop négatif sur cette notion. D'ailleurs, pour certains, « il n'y a pas de contradiction entre ordre et liberté car ce sont les hommes qui créent un tel ordre⁸ ».

L'importance de la famille comme véhicule et reflet des valeurs de la société suffit à justifier l'intervention du législateur dans cette sphère du droit en instaurant des règles d'ordre public⁹. Le discours de Portalis à l'époque de la codification française aurait pu être tenu chez nous : « Les

4. Sur la distinction entre l'intérêt général et les intérêts privés, voir : G. FARJAT, *L'ordre public économique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 37, Paris, L.G.D.J., 1963, pp. 110-118.

5. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 20^e éd., 1991, Paris, PUF, n° 126, cité dans : J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *loc. cit.*, note 1, n° 1, p. 2.

6. *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, [1992] R.J.Q. 987, 995 (C.S.).

7. D. BURMAN, « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », (1990) 24 *R.J.T.* 461.

8. R. POLIN, « L'ordre public », dans R. POLIN (dir.), *L'ordre public : actes du colloque*, coll. « Politique d'aujourd'hui », Paris, PUF, 1996, p. 7, à la page 8.

9. À propos du lien et de l'importance des mœurs par rapport au droit de la famille, voir : J. PINEAU et D. BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 2-5.

vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens¹⁰. »

Les temps ont changé et, par ce fait même, la perception et la définition de la famille sont actuellement remises en question, mais le droit de la famille a toujours une place importante dans l'édifice social. Lors de la réforme du Code civil, le ministre de la Justice le réitérait en énonçant les grands principes de la réforme :

Le Code civil du Québec met en évidence le respect de la personne humaine et de ses droits, sans toutefois négliger l'expression de ses obligations et des devoirs qu'imposent les relations sociales. Le code favorise aussi un nouvel équilibre notamment dans les relations familiales [...] tout en respectant les principes d'autonomie de la volonté et de libéralisme dans les conventions, il prévoit des tempéraments importants visant à protéger la partie la plus vulnérable¹¹.

Il n'est pas de notre propos de tenter de définir la notion d'ordre public. Comme l'a fait remarquer un auteur, « l'ordre public est une notion qu'on ressent, plus qu'on ne peut expliquer¹² ». En droit de la famille en particulier, la présence de l'ordre public peut facilement être mise en évidence. Il est aisé de repérer les règles d'ordre public. L'ordre public virtuel, celui qui est énoncé par les tribunaux, n'entre en jeu que lorsqu'il s'agit de limiter les conventions matrimoniales et les conditions apposées à des legs. Nous voulons cependant faire ressortir ici les interventions de l'ordre public en matière de relations de couple et le rôle qu'il y joue. L'ordre public intervient dans les relations entre les individus, trace la voie à suivre. On a souligné, avec raison, que l'ordre public est un instrument de réforme sociale¹³. Le législateur a recours à cet outil pour modifier des comportements.

Cependant, le niveau d'intervention a changé. Alors que le législateur ne se prononçait que sur les questions d'intérêt général, il est dorénavant parfaitement admis qu'il se croit entièrement justifié d'agir pour protéger des intérêts privés. La notion d'ordre public a évolué dans le temps. Ainsi, on a vu poindre depuis quelques décennies un ordre public économique. La particularité de ce dernier a permis de faire ressortir deux pôles d'intervention du législateur. À l'intérieur de cet ordre public, on distingue l'ordre public de direction, qui veut assurer la protection de l'intérêt général, et

10. F. EWALD (dir.), *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989, p. 169.

11. G. RÉMILLARD, *op. cit.*, note 1, p. VI.

12. R. DRAGO, « Les atteintes à l'ordre public », dans R. POLIN (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 47.

13. J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, t. 1 : « L'acte juridique », 7^e éd., Paris, Armand Colin, 1996, p. 198.

l'ordre public de protection, qui vise plutôt la protection des intérêts privés. Il importe de remarquer que ces diverses finalités de l'ordre public en matière économique se font également sentir dans le domaine du droit familial.

1. Le rôle de l'ordre public dans le mariage

Au cours des dernières années, l'intervention du législateur a souvent été dictée par le souci d'assurer la protection de la personne économiquement faible dans le couple. À titre d'exemples, soulignons l'introduction d'un partage en valeur de certains biens familiaux de façon obligatoire et la survie de l'obligation alimentaire. Ces nouvelles règles rompent avec la tradition de liberté contractuelle et de liberté de tester connues jusqu'alors. Même si *a priori* ces interventions peuvent sembler protéger des intérêts essentiellement privés, on ne peut ignorer les impératifs de solidarité familiale et d'assistance qui les sous-tendent et les justifient.

Cependant, nous ne devons pas y voir nécessairement un changement radical dans les valeurs de notre société¹⁴. Lorsqu'il légifère, le législateur énonce ce qu'il considère comme la norme de conduite à adopter, la façon de faire les choses tout en acceptant que la liberté contractuelle permette normalement d'y déroger. Si l'on examine les règles proposées par le législateur dans le Code civil en ce qui a trait aux relations matrimoniales, on constate que de tout temps le législateur a préféré comme régime matrimonial légal un régime du type participatif à un régime du type séparatiste. Tant le régime de la communauté de biens que celui de la société d'acquêts prévoient la participation des époux aux économies faites durant le mariage. La conception du législateur veut que l'on considère que l'union de personnes par les liens du mariage implique nécessairement une certaine union de biens. C'est reconnaître, juridiquement, la situation dans les faits. Le droit successoral prône la même philosophie. Les règles de la dévolution légale accorde au conjoint le statut d'héritier légal. Ainsi, ce n'est pas le discours du législateur qui a changé, mais sa volonté qu'il soit respecté.

Ce changement d'attitude du législateur et sa décision d'intervenir de façon impérative dans ce domaine résultent tant de transformations du droit lui-même que de l'évolution des mœurs de la société, qui ne conçoit plus le mariage comme une union indissoluble. Il n'est pas superflu de rappeler que, à l'époque de l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas Canada*, la famille canadienne-française évoluait dans un décor où le divorce

14. En ce qui a trait au patrimoine familial, voir : N. KASIRER, « Testing the Origins of the Family Patrimony in Everyday Law », (1995) 36 C. de D. 795.

n'existait pas. De plus, pour une grande partie, les époux choisissaient le régime de la communauté de biens ou effectuaient une donation à cause de mort au profit du conjoint survivant à l'intérieur du contrat de mariage, donation en principe irrévocable. Les mécanismes de l'époque protégeaient de façon appropriée le conjoint survivant à la dissolution du mariage. Toutefois, les temps ont bien changé : le divorce est légalement permis et de plus en plus utilisé, la pratique a conventionnellement rendu révocables les donations à cause de mort et la séparation de biens a attiré légion. À la suite de la dissolution du mariage, un conjoint pouvait alors être fort démuné. Le législateur, par des dispositions d'ordre public, tend alors à recentrer le pendule du droit.

1.1 Les rapports patrimoniaux durant le mariage

Alors que traditionnellement le législateur avait recours à l'ordre public pour protéger les tiers¹⁵, son intervention est désormais axée sur la protection de l'époux économiquement faible. Par l'intermédiaire de règles d'ordre public, le droit québécois tente ainsi de réaliser l'égalité entre les époux. Il s'agit donc d'un ordre public à caractère principalement économique.

Le législateur impose aux époux un régime primaire impératif¹⁶. Les idées d'égalité, de solidarité familiale et d'assistance sous-tendent ces règles. Si certaines de celles-ci sont susceptibles de trouver application durant le mariage, telles la contribution aux charges¹⁷ et les dispositions relatives à la résidence familiale¹⁸, d'autres ne produiront des effets que lors de sa dissolution. C'est notamment le cas du patrimoine familial¹⁹ et de

15. Lors de la réforme de 1981, le législateur a consacré le principe de la mutabilité des régimes matrimoniaux en levant tout obstacle au changement souhaité par les époux. Les craintes de fraude envers les tiers ne s'étant pas matérialisées, les époux peuvent désormais modifier leur régime matrimonial, de consentement mutuel, en signant un contrat de mariage à cet effet. Art. 433, 438, 441 et 442 C.c.Q.

16. Art. 391 C.c.Q.

17. Art. 396 C.c.Q.

18. Les règles applicables à la résidence familiale peuvent avoir une incidence, lors de la dissolution du mariage, sur les droits des époux à l'égard de la résidence familiale et des meubles qui la garnissent. Art. 409 et 410 C.c.Q.

19. Art. 414-426 C.c.Q. Ces dispositions s'appliquent à tous les époux domiciliés au Québec, sauf ceux qui étaient déjà mariés au 1^{er} juillet 1989 et qui se sont exclus de l'application de la loi avant le 1^{er} janvier 1992. Pour une analyse critique de ces dispositions, voir : E. CAPARROS, « Le patrimoine familial québécois : comme un œuf de coucou dans le nid du *Code civil du Québec* », dans J. BEAULNE et M. VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 149.

la prestation compensatoire²⁰. Eu égard à ce régime primaire, on constate que durant cette période l'ordre public joue un rôle tantôt concret, tantôt virtuel. Il protège les droits des époux qui pourraient être anéantis par une renonciation anticipée au bénéfice de la loi.

On pourrait être tenté de se demander ce qu'il reste de la liberté des époux dans le choix d'un régime matrimonial. Il est vrai que, pour plusieurs ménages québécois, les dispositions sur le patrimoine familial englobent, si ce n'est la quasi-totalité de leurs biens, à tout le moins les plus importants. Malgré cette intrusion du législateur pour régir le sort de ces actifs à la dissolution du mariage, la question du choix d'un régime secondaire demeure pertinente. Ce dernier a pour effet de régir les droits et les pouvoirs des époux sur leurs biens durant le mariage, ainsi que le sort de la dissolution pour les biens qui n'entrent pas dans le patrimoine familial, notamment l'argent en banque, les valeurs mobilières et les actifs immobiliers qui ne sont pas utilisés par la famille. Dans ce domaine, la liberté contractuelle demeure et les époux sont libres de choisir leur régime matrimonial²¹. Ils peuvent choisir les régimes existants, les aménager ou se créer de toutes pièces un régime particulier et exclusif. Ce n'est qu'à défaut d'un tel choix que le régime légal de la société d'acquêts s'appliquera d'office.

Comme pour toute autre convention, l'ordre public intervient pour contrôler le caractère licite du contenu du contrat de mariage²². À ce titre, le professeur Binette souligne que le contrat de mariage ne peut apporter une dérogation aux droits et devoirs résultant du mariage, par exemple libérer l'un des époux de sa contribution aux charges du ménage ou permettre à un époux de disposer seul de la résidence familiale. L'ordre public prive également d'effet la clause qui emporte renonciation à une succession non ouverte, celle qui prévoit la dissolution du mariage pour des raisons autres que celles qui sont énoncées par la loi et celle qui comporte acceptation ou renonciation anticipée à la communauté.

-
20. Lorsque le droit à la prestation compensatoire est fondé sur la collaboration d'un des époux à l'entreprise de son conjoint, la demande peut être faite durant le mariage si l'entreprise est vendue ou si l'on met un terme à ses activités. Art. 427, al. 2. C.c.Q.
 21. Ce choix pourrait porter sur l'ancien régime de la communauté de biens. Celui-ci n'est pas considéré comme contraire au principe d'égalité des époux et ne contrevient pas à l'ordre public. S. BINETTE, « Régimes matrimoniaux et contrat de mariage », dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Répertoire de droit — Famille — Doctrine — Document 2*, Montréal, SOQUIJ, 1993, p. 21 ; J. AUGER, « La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux », (1981) 1 C. P. du N. 33, 96 ; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 9, p. 133.
 22. Pour une liste de clauses contraires à l'ordre public, voir : S. BINETTE, *loc. cit.*, note 21, 53.

1.2 Les rapports patrimoniaux à la dissolution du mariage

L'ordre public n'intervient pas au même titre dans toutes les causes de dissolution du mariage. Nous examinerons ici le rôle de l'ordre public dans un contexte de décès et dans un contexte de divorce.

1.2.1 La dissolution par décès

Issue de nos origines anglo-saxonnes, la liberté illimitée de tester est la règle dans notre droit. En application de ce principe, le conjoint survivant peut être totalement ou partiellement déshérité par le testament²³. Le fait que les époux choisissent en majeure partie le régime de la séparation de biens et qu'ils n'aient plus recours à la donation à cause de mort irrévocable a fait ressortir les effets pervers de ce principe.

Les critiques à l'égard de ce principe ont parfois été fort sévères. Billette s'exprimait ainsi :

Principe immoral, [...] que n'ont connu que la civilisation anglo-saxonne et la barbarie des romains de la loi des Douze Tables, et qui permet à un testateur avili d'oublier les siens en faveur d'une prostituée quelconque ! Il est triste que la famille canadienne française, cellule d'un ordre social qu'on se plaît à admirer et envier, soit constamment en butte aux principes les plus pervers et exposée à en absorber les miasmes délétères²⁴.

Sans remettre en cause l'existence de ce principe, le législateur est intervenu pour pallier ces injustices en instaurant le partage du patrimoine familial en cas de décès²⁵ et la survie de l'obligation alimentaire²⁶. Ainsi, le devoir d'assistance doit être exécuté jusqu'au tout dernier geste : la distribution des biens au décès. Depuis 1989, l'obligation alimentaire ne s'éteint

23. La liberté de tester n'existe plus si l'on a disposé de ses biens en faveur du conjoint au moyen d'une donation à cause de mort stipulée irrévocable, ce qui est extrêmement rare en pratique. Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, les donations à cause de mort créées avant 1994, qui étaient à défaut de stipulation contraire irrévocables, peuvent dorénavant être révoquées par testament : *Loi sur l'application de la réforme du code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 106. Le nouveau Code civil a par ailleurs abrogé l'usufruit légal du conjoint survivant.

24. J.É. BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien. Donations et testaments*, t. 1, Montréal, s. éd., 1933, p. 19.

25. Art. 414 et suiv. C.c.Q.

26. Art. 684 et suiv. C.c.Q. Pour une étude sur l'évolution de la liberté de tester en droit québécois, voir : G. BRIÈRE, *Les successions*, 2^e éd., coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, n° 332 et suiv., p. 395 et suiv. ; L.M. DIONNE, « La survie de l'obligation alimentaire », dans *SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, Développements récents en droit familial (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 26, aux pages 27-37.

plus au décès du débiteur alimentaire. Elle est partiellement transmissible, car elle survit au décès du débiteur alimentaire, mais elle s'éteint avec le décès du créancier alimentaire. Ces règles sont des dispositions d'ordre public auxquelles on ne peut renoncer. Est considérée comme contraire à l'ordre public, et en conséquence réputée non écrite, la condition qui assortit le legs d'une renonciation à produire une réclamation contre la succession au titre d'obligation alimentaire²⁷. Ces deux mesures portent indirectement atteinte au principe de la liberté de tester, car elles permettent, le cas échéant, au conjoint survivant d'être créancier de la succession. Ces mesures étant des dispositions d'ordre public de protection, il est loisible au conjoint survivant d'y renoncer à ce stade, car le droit est alors né²⁸.

En matière de patrimoine familial, le droit au partage est automatique, à moins que le créancier, c'est-à-dire le conjoint survivant, n'y renonce. En ce qui a trait aux dispositions sur la survie de l'obligation alimentaire, l'octroi de somme n'est pas automatique, mais il est susceptible de permettre au conjoint survivant de faire une réclamation à ce titre au liquidateur de la succession²⁹. Le conjoint survivant a droit à un maximum fixé à la moitié de ce qu'il aurait reçu si le défunt était mort *ab intestat*, moins ce qu'il reçoit de la succession. Le conjoint survivant doit cependant faire la preuve de ses besoins³⁰. En conséquence, ses avantages matrimoniaux, tels le partage de son régime matrimonial, l'exécution des donations à cause de mort et le partage du patrimoine familial, auront une influence sur son droit à une créance alimentaire.

27. Art. 757, al. 1 C.c.Q. ; *Droit de la famille-2060*, J.E. 94-1616 (C.S.).

28. C'est le propre d'une mesure d'ordre public de protection de n'entraîner qu'une nullité relative. En conséquence, on peut se soustraire au bénéfice de la loi. *Garcia Transport ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 528 et suiv.

29. Ce droit est ouvert au conjoint séparé de corps, car le lien matrimonial n'est pas dissous. *Droit de la famille-2866*, J.E. 98-263 (C.S.).

30. Toutefois, même si elle préconise une approche libérale, la Cour d'appel vient de réaffirmer que ce recours est de nature alimentaire et qu'il n'a pas pour objet de créer une réserve successorale, comme c'est le cas dans d'autres droits : *Droit de la famille-2310*, [1997] R.J.Q. 859 (C.A.), contrairement à la Cour supérieure qui avait vu dans ces dispositions un moyen d'introduire une mesure d'équité dans la dévolution successorale : *Droit de la famille-2310*, [1996] R.J.Q. 93 (C.S.). Pour sa part, Mme Dionne préconise une vision plus large de ces dispositions et refuse de voir dans l'emploi du terme « alimentaire » par le législateur une référence simpliste à la notion d'aliments. Pour cette dernière, cette loi vise à sanctionner l'obligation morale qu'a le défunt à l'égard de ses descendants. L.M. DIONNE, *loc. cit.*, note 26, 38 et 46 et suiv. Cette interprétation de la loi n'a pas été partagée par la Cour d'appel. Pour une approche restrictive se référant à la notion d'aliments, voir également : *Droit de la famille-1402*, [1991] R.J.Q. 1668 (C.S.).

1.2.2 La dissolution par le divorce

Deux questions relèvent de l'ordre public dans un contexte de considérations d'ordre patrimonial lors d'un divorce : premièrement, les ententes sur le partage des biens dans des conventions de divorce ou de séparation et, deuxièmement, la légalité d'assortir l'exigibilité d'une donation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un divorce.

1.2.2.1 Le partage des biens dans les conventions de divorce

Le droit de demander le partage du patrimoine familial ou d'y renoncer s'ouvre à la dissolution du mariage par le divorce ou lorsque la séparation de corps est prononcée par le tribunal. Ce droit est d'ordre public, car l'on ne peut y renoncer avant son ouverture sous réserve d'une déclaration judiciaire dont il est donné acte³¹. Il en est de même de la faculté d'accepter le partage de la communauté ou celui des acquêts ou d'y renoncer dans les régimes de types communautaires³².

Que penser des conventions intervenues entre les époux avant la dissolution du mariage ? La jurisprudence récente de la Cour d'appel permet de dégager les constats suivants : on reconnaît que ces ententes peuvent produire des effets juridiques lorsqu'elles sont contemporaines³³ du divorce. Dans une affaire où il avait à décider de la légalité d'une renonciation au patrimoine familial, le juge Robert s'exprimait ainsi :

Vu le caractère aléatoire des procédures en divorce au moment de la signature de la convention, je crois que l'entente n'a pas été conclue dans le cadre d'une instance en divorce. Il est vrai qu'on doit encourager les parties à régler par entente le partage de leurs intérêts économiques au cas de dissolution du mariage. Les parties peuvent, à mon point de vue, conclure une entente avant l'institution des procédures, mais encore faut-il que l'entente soit conclue en vue d'une instance en divorce que les parties ont, dès lors, décidé d'intenter³⁴.

Pour sa part, la juge Mailhot, ayant à décider de la légalité d'une convention portant sur le partage d'une communauté de biens quelques jours avant l'introduction d'une procédure de divorce, est d'avis que :

[les] parties peuvent s'entendre, avant la dissolution, sur le partage des biens, c'est-à-dire fixer, de consentement, la part que recevra éventuellement l'un des époux.

31. Art. 423 C.c.Q. ; *Droit de la famille-2452*, [1996] R.D.F. 466 (C.A.).

32. Art. 467, al. 2, 469 C.c.Q. et 1338, 1345 C.c.B.C. ; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 9, p. 282.

33. Toute entente accessoire antérieure au divorce et portant sur le partage des biens produit ses effets lorsqu'elle est entérinée par le tribunal. *Swift c. Lecouffe*, [1979] C.A. 366.

34. *Droit de la famille-2452*, précité, note 31, 472. Le juge Baudouin souscrit à cette opinion. Voir également : *Droit de la famille-1978*, [1995] R.D.F. 389 (C.A.).

Il est d'ailleurs normal de tenir compte de la manifestation de volonté d'une femme, si cette manifestation est contemporaine à une procédure de divorce, de séparation de corps ou, comme en l'espèce, à une séparation de biens précédant immédiatement une action en divorce à venir. Cette manifestation de volonté anticipée se trouve être l'exercice même du droit d'option. Elle emporte acceptation valable, à condition que la femme ne puisse jamais être obligée de recevoir sa part, si jamais la communauté s'avérait en réalité déficitaire³⁵.

Ainsi, selon la Cour d'appel, une entente relative au partage des biens avant la dissolution du mariage n'est pas contraire à l'ordre public si elle n'a qu'une valeur indicative des modalités du partage et qu'elle ne prive pas le conjoint d'opter. Cela rejoint les propos du juge Beauregard qui est d'avis que, si les époux peuvent négocier les termes du partage, il est loisible à un époux de retirer sa renonciation tant que le tribunal n'a pas rendu le jugement³⁶. En conséquence, la convention qui prévoit les modalités d'un partage n'exclut pas la possibilité pour le conjoint de renoncer à son droit ultérieurement, au même titre qu'une renonciation n'exclut pas la possibilité de demander le partage ultérieurement dans le cadre de l'instance en divorce.

Ces positions sont conciliables avec les pratiques existantes et se justifient également eu égard aux politiques législatives qui encouragent les époux à régler par entente les conséquences de leur divorce. Il nous apparaît toutefois étrange que l'on puisse s'entendre à l'avance sur les modalités de l'exécution d'un droit, alors que l'exercice même de ce droit n'est pas encore ouvert en vertu de la loi. Ne serait-il pas préférable que le législateur reconnaisse expressément la validité de telles ententes contemporaines du divorce³⁷, sous réserve de les rendre annulables pour cause de lésion ou pour toute autre cause de nullité des contrats ? L'ordre public n'en serait pas plus mal servi.

1.2.2.2 Les donations assorties d'une condition prenant effet au divorce

Il n'est pas rare de rencontrer dans un contrat de mariage une stipulation selon laquelle la donation sera résolue ou prendra effet advenant un divorce³⁸, ainsi qu'une clause de déchéance ou d'accélération du terme

35. *Droit de la famille*-1180, J.E. 98-122 (C.A.).

36. *Droit de la famille*-2452, précité, note 31, 467.

37. Le *Code civil* français prévoit à l'article 1450 ceci : « Les époux peuvent pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de la communauté. » Selon l'article 1451 du même code, « [l']un des époux peut demander que le jugement de divorce modifie la convention si les conséquences de divorce fixées par ce jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage ».

38. J. AUGER, « La « clause de divorce » dans les donations par contrat de mariage », (1976) 79 *R. du N.* 80, 84 et suiv. ; S. BINETTE, *loc. cit.*, note 21, 43.

dans un tel cas³⁹. La question de la légalité de ces conditions eu égard à l'ordre public s'est posée. Ces conditions ont-elles pour effet d'inciter un époux à demander le divorce ou à s'abstenir de le faire ? Si la réponse est affirmative, la condition sera nulle allant à l'encontre de l'ordre public, car elle porte atteinte au droit au mariage ou au droit au divorce. Comme le souligne le professeur Auger, c'est l'entente, le marché fait entre les époux qui est contraire à l'ordre public⁴⁰. Dans la négative, la condition produira tous ses effets. La Cour d'appel a souligné avec justesse qu'il importe de regarder l'intention des parties, notamment celle du donateur, car *a priori* ces clauses sont neutres, c'est-à-dire ni présumées licites ou illicites⁴¹. Ainsi, une clause qui a pour objet d'assurer la sécurité financière d'un des conjoints en prévoyant le paiement d'une indemnité en cas de séparation de corps ou de divorce est parfaitement légale et n'enfreint pas l'ordre public. En tenant compte du contexte moderne où les divorces sont très fréquents, le juge LeBel considère comme légitime d'entrevoir cette possibilité et d'aménager dans un contrat de mariage les conséquences économiques d'une rupture.

2. Le rôle de l'ordre public dans le concubinage

Le concubinage a eu longtemps un caractère péjoratif et illicite ; il était d'ailleurs considéré comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁴². L'union libre était alors envisagée comme un affront à l'institution du mariage⁴³ et le Code civil allait jusqu'à punir le concubinage⁴⁴. En effet, et jusqu'en 1981, les donations entre vifs étaient interdites entre concubins⁴⁵ et les enfants issus de leur union n'étaient légitimés que par le mariage subséquent de leurs parents⁴⁶. Pourtant, le législateur n'a jamais limité la liberté de tester en faveur des concubins pas plus que de leurs

39. La doctrine considère cette clause comme valide, car elle ne touche pas la donation dans son essence mais plutôt dans ses modalités d'exécution. S. BINETTE, *loc. cit.*, note 21, 43 ; J. AUGER, *loc. cit.*, note 38, 81 et suiv.

40. J. AUGER, *loc. cit.*, note 38, 87.

41. *Droit de la famille-1739*, [1993] R.J.Q. 663 (C.A.).

42. É. DELEURY et M. CANO, « Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches », dans J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages dans le monde*, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 85, à la page 88.

43. J. PINEAU, *La famille : droit applicable au lendemain de la « loi 89 »*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 191.

44. A. COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N.* 42, 45.

45. Art. 768 C.c.B.C.

46. Art. 237 C.c.B.C., abrogé le 2 avril 1981 par la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q., 1980, c. 39, a. 14.

enfants, même les enfants incestueux ou adultérins⁴⁷, contournant ainsi la règle de l'ordre public en matière de succession, au nom de la liberté de tester consacrée par le droit anglais⁴⁸.

Deux facteurs importants ont amené le législateur québécois à modifier son approche du concubinage. D'une part, l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴⁹, qui dans son article 10 interdit la discrimination de traitement des individus fondée notamment sur l'état civil, a servi d'argument à ceux qui plaidaient en faveur de la reconnaissance des droits de ceux qui vivaient en union de fait⁵⁰. D'autre part, l'évolution des mœurs et la popularité montante du concubinage en tant que forme de vie maritale ont amené le législateur à réagir⁵¹.

Ainsi, lors de la réforme du droit de la famille en 1981⁵², l'interdiction des donations entre vifs pour les concubins a été abrogée et l'égalité des enfants, quelles que soient les circonstances entourant leur naissance, a été proclamée en tant que principe⁵³. Le concubinage a ainsi perdu son caractère illicite⁵⁴.

Cependant, le législateur a maintenu la liberté dont jouissent les concubins en s'abstenant de régir leurs rapports privés⁵⁵ et l'union de fait n'a toujours pas de statut dans le *Code civil du Québec* qui en ignore simplement l'existence. Tout au plus retrouve-t-on le terme « concubin » en matière d'adoption et de bail d'habitation, sans toutefois qu'il soit défini⁵⁶. Le terme « conjoint », quant à lui, est réservé aux conjoints mariés⁵⁷.

47. A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 44, 45 et 46 ; É. DELEURY et M. CANO, *loc. cit.*, note 42, 89.

48. É. DELEURY et M. CANO, *loc. cit.*, note 42, 89.

49. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, adoptée en 1975.

50. F. HÉLÈNE, « Le concubinage, institution à la merci des différents départements ministériels », (1980) 40 *R. du B.* 624, 641 ; A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 44, 43 ; É. DELEURY et M. CANO, *loc. cit.*, note 42, 90.

51. F. HÉLÈNE, *loc. cit.*, note 50, 624.

52. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, précitée, note 46, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1981.

53. Cet article est devenu l'article 522 C.c.Q.

54. M. GUY, « Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89 », (1981) *C.P. du N.* 157. Le notaire Guy s'exprime en ces termes à la page 164 : « Le concubinage est entré dans le domaine du licite, [...] n'est plus perçu par le législateur comme un dérèglement des mœurs ou une atteinte à l'institution du mariage. »

55. Le législateur n'a pas retenu la proposition de l'Office de révision du Code civil (ORCC) qui reconnaissait l'existence de l'union de fait : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1 : « Projet de code civil, livre 2 », Québec, Éditeur officiel, 1978, art. 49, p. 63 : « Sont époux de fait ceux qui, sans être mariés l'un à l'autre, vivent ensemble ouvertement comme mari et femme, d'une façon continue et stable. » Voir sur ce sujet : F. HÉLÈNE, *loc. cit.*, note 50, 627 et 628.

56. Art. 555 et 1938 C.c.Q.

57. Voir par exemple : *Di Paolo (Syndic de)*, J.E. 98-86 (C.S.).

Il en est autrement en ce qui a trait aux lois à caractère social. Le concubinage devient alors générateur de droits. Les réformes législatives en ce sens ont parfois précédé la réforme du droit de la famille de 1981, à cause, entre autres, de l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁸. La Cour suprême a d'ailleurs reconnu que de priver les conjoints de fait de droits et d'avantages dont bénéficient les conjoints mariés est un motif de discrimination interdit par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et des libertés*⁵⁹. La Cour est d'avis que ce motif de discrimination fondé sur le mariage prive une personne de la liberté de vivre avec le partenaire de son choix et comme elle l'entend⁶⁰. Il devient donc d'ordre public que les concubins ne soient pas victimes de discrimination à l'égard des lois qui confèrent des avantages aux couples mariés.

2.1 Les rapports patrimoniaux pendant la vie commune

Pendant la vie commune, il n'existe aucune obligation reliée à l'union libre, chacun des concubins devant subvenir à ses propres besoins. En effet, l'obligation alimentaire ne vise que les époux et les parents en ligne directe au premier degré⁶¹.

Les concubins ne sont pas non plus assujettis aux obligations des époux pendant le mariage, soit les obligations de fidélité, de respect, de secours, de partage de responsabilités et des charges du ménage. L'ordre public n'intervient donc pas dans leurs rapports personnels.

Les couples vivant en union de fait peuvent toutefois régler les modalités de leur vie commune par une convention. Celle-ci sera légale dans la mesure où seuls les aspects patrimoniaux seront visés. En effet, il serait contraire à l'ordre public de restreindre l'exercice des droits civils conventionnellement⁶². Les concubins peuvent donc convenir des conséquences dans le cas de la rupture de l'union, soit la reconnaissance d'une obligation alimentaire, le partage de certains biens, meubles ou immeubles, le paiement d'une prestation compensatoire ainsi que des donations entre vifs⁶³.

58. F. HÉLÈNE, *loc. cit.*, note 50, 642-650 ; A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 44, 52.

59. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Il s'agissait dans les faits d'une clause de la police d'assurance automobile type de l'Ontario qui prévoyait que seul le conjoint marié pouvait bénéficier de la couverture d'assurance.

60. *Id.*, 497.

61. Art. 585 C.c.Q.

62. Art. 8 C.c.Q. On ne peut renoncer à l'exercice des droits civils que dans la mesure où le permet l'ordre public.

63. A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 44, 54 et 55.

Il faut préciser que seules les donations entre vifs sont valides, celles qui sont faites à cause de mort étant réservées aux couples mariés⁶⁴.

Par ailleurs, les concubins bénéficient des droits et de la protection accordés par les lois sociales, ces dernières reconnaissant depuis longtemps la situation de l'union de fait. Ces lois considèrent en général que sont concubins un homme et une femme qui vivent ensemble maritalement depuis au moins trois ans (ou un an s'ils ont un enfant)⁶⁵. Le législateur reconnaît donc l'état des concubins et les fait bénéficier des mêmes avantages et inconvénients que les couples mariés. C'est ici que l'ordre public intervient. Il faut aussi retenir que la Cour suprême a décidé que le fait d'accorder ces avantages et ces droits aux seuls couples mariés est un motif de discrimination allant à l'encontre des protections offertes par les chartes⁶⁶.

2.2 Les rapports patrimoniaux après la dislocation de l'union de fait

2.2.1 Les conjoints

Les rapports privés des conjoints vivant en union de fait n'étant pas régis, il en va de la séparation comme de la vie commune, c'est-à-dire qu'elle n'emporte aucun effet obligatoire pour les concubins.

Les couples qui ont prévu par convention les modalités dans cette circonstance peuvent faire exécuter le contrat convenu entre eux. Par ailleurs, les recours civils de la reconnaissance d'une société tacite et de l'enrichissement sans cause peuvent servir à faire reconnaître la contribution de l'un des conjoints, comme mesure d'équité.

La société tacite a été en effet appliquée aux concubins qui se retrouvent dans les mêmes conditions que les partenaires qui ont participé à une entreprise commune. Le concubin qui n'a pas récolté les avantages de l'aventure peut donc faire valoir devant les tribunaux la présence d'une société tacite. Ainsi, il pourra se voir attribuer sa part dans la société. Cependant, la société tacite est un recours limité, la simple intention commune de vivre ensemble n'étant pas considérée comme suffisante à la création d'une société. La Cour suprême a clairement affirmé qu'il faut

64. Art. 1818 et 1819 C.c.Q. ; *Droit de la famille*-2760, [1997] R.D.F. 720 (C.S.).

65. Par exemple, la *Loi sur la sécurité du revenu*, L.R.Q., c. S-3.1.1, et la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., c. A-14, tiennent compte des deux revenus pour déterminer si l'un des conjoints est dans le besoin. Également, la *Loi sur le régime des rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9, la *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, ainsi que la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.Q., c. I-6, accordent au conjoint survivant une rente ou une indemnité au même titre que les couples mariés.

66. *Miron c. Trudel*, précité, note 59.

analyser les critères de la société tacite comme si les partenaires ne vivaient pas ensemble⁶⁷.

Quant au recours en enrichissement sans cause, il est ouvert au concubin qui s'est appauvri au cours de la vie commune. Les tribunaux ont appliqué ce recours aux concubins avec parcimonie⁶⁸, et ce ne sont que les services dans l'entreprise du conjoint qui pouvaient donner lieu à une indemnité⁶⁹. Récemment, la Cour suprême a établi que, « dans une union de fait de longue durée, on devrait, en l'absence d'une preuve contraire forte, conclure que l'enrichissement d'une partie donnera lieu à l'appauvrissement de l'autre⁷⁰ » et a accordé du même souffle une indemnité reconnaissant justement la valeur de l'apport de la femme à la maison⁷¹. Même si ce jugement affirme que les travaux ménagers ont une valeur pécuniaire, les tribunaux québécois demeurent très traditionnels dans l'application de ce recours entre concubins, préférant laisser de côté, semble-t-il, l'enseignement de la Cour suprême⁷².

Bien que la situation de concubinage soit acceptée par le législateur dans les lois sociales, celui-ci a décidé de ne pas créer d'obligation entre les conjoints de fait pendant et après la vie commune. Ils sont donc libres de gérer leur rapports privés de la manière qu'ils jugent adéquate. Les recours en reconnaissance d'une société tacite⁷³ ou d'enrichissement injustifié⁷⁴ n'ont pas comme objectif de rééquilibrer les droits des concubins résultant de la vie commune, mais de reconnaître que leurs relations peuvent

67. *Baudouin-Daignault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2.

68. En effet, la Cour d'appel avait refusé le recours dans l'affaire *Richard c. Baudouin-Daignault*, [1982] C.A. 66, sous le motif que l'espoir d'un gain était une justification à l'appauvrissement de la concubine. Voir, sur ce sujet, D. LUELLES, *Droit québécois des obligations*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 821.

69. Dans *Droit de la famille-359*, [1990] R.J.Q. 983, 985 (C.A.), le juge Bisson a diminué du tiers la somme qu'avait attribuée le juge de première instance parce que la concubine avait agi pendant quelques années uniquement comme maîtresse de maison.

70. *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, 1013.

71. *Id.*, 994.

72. *Droit de la famille-2001*, [1994] R.D.F. 537 (C.S.) (accepté, 10 000 \$); *Droit de la famille-2648*, [1997] R.D.F. 246 (C.S.) (accepté, 26 700 \$); *Droit de la famille-2235*, [1995] R.D.F. 494 (C.S.) (accepté, 10 000 \$); *Droit de la famille-2358*, J.E. 96-449 (C.A.) (refusé); *Droit de la famille-2023*, [1994] R.D.F. 520 (C.S.) (refusé); *Droit de la famille-2512*, [1996] R.D.F. 909 (C.S.) (refusé); *Dupuis c. Proulx*, J.E. 97-702 (C.S.) (refusé).

73. *Baudouin-Daignault c. Richard*, précité, note 67, 17. En effet, la Cour suprême a bien pris soin d'exclure une telle éventualité en précisant ceci : « En dernier lieu, je crois opportun de faire une mise en garde contre le danger de conclure trop facilement à l'existence d'une société tacite dans le but louable, j'en conviens, de réparer l'injustice qui résulte de la situation dans laquelle se trouvent souvent placées les concubines. »

74. *Droit de la famille-359*, précité, note 69.

engendrer des droits et des obligations. Cependant, la timidité des tribunaux à cet égard nous laisse perplexes. On peut en effet se demander si le choix de vivre en union libre peut justifier des situations inéquitables. La Cour suprême a en effet mentionné que le choix de vivre en union libre n'en est pas toujours un, d'autres facteurs pouvant jouer, soit le refus du mariage chez l'un des deux partenaires ou encore des motifs fondés sur la religion ou sur des contraintes sociales⁷⁵.

Jusqu'à maintenant le législateur québécois a refusé d'intervenir⁷⁶, préférant laisser aux tribunaux la tâche d'appliquer ou même de créer des solutions qui se sont révélées, jusqu'à présent bien imparfaites. Il faut se demander alors si l'ordre public peut tolérer des iniquités au nom de la liberté du choix de vie. En effet, le concubinage ne peut pas donner lieu à l'exploitation pure et simple d'une personne par une autre, ne serait-ce que par amour⁷⁷.

2.2.2 Les enfants

Que les enfants proviennent d'une famille dont les parents sont mariés ou non mariés, ils ont tous les mêmes droits et les mêmes obligations⁷⁸. Les père et mère ont, à l'égard de leurs enfants, le droit et le devoir de garde, de surveillance, d'éducation, et ils exercent ensemble l'autorité parentale⁷⁹. De même, les parents doivent des aliments à leurs descendants⁸⁰ : ils sont donc tenus de payer une pension alimentaire pour les enfants en cas de séparation du couple, laquelle est maintenant fixée à partir de tables préétablies, le juge devant motiver les raisons de s'en écarter⁸¹.

On peut alors croire que les enfants sont totalement à l'abri des choix conjugaux de leurs parents. Cependant, en cas de rupture, les enfants issus du couple vivant en union libre peuvent être désavantagés par rapport à

75. *Miron c. Trudel*, précité, note 59, 473 (j. L'Heureux-Dubé) et 498 (j. McLachlin).

76. Il faut noter qu'au Canada sept provinces sur dix reconnaissent l'union libre comme une institution génératrice de droits entre les conjoints de fait.

77. *Droit de la famille-359*, précité, note 69.

78. L'article 522 C.c.Q. se lit comme suit : « Tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance. »

79. Art. 599 et 600 C.c.Q.

80. Art. 585 C.c.Q.

81. En effet, la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.), a été modifiée (L.C. 1997, c. 1) et prévoit que les provinces peuvent adopter leurs propres règles de fixation de pension alimentaire pour enfants, ce que le Québec a fait : *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, L.Q. 1996, c. 68, et *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, (1997) 129 G.O. II, 2117, entré en vigueur le 1^{er} mai 1997.

ceux qui sont nés durant le mariage. En effet, la dislocation du mariage emporte des effets qui protègent dans une certaine mesure la stabilité économique des familles, que ce soit le partage des biens ou l'obligation alimentaire. Comme les couples en union de fait ne peuvent pas réclamer l'application de ces mécanismes, les effets de la rupture sont tout autres, à moins d'avoir été préalablement prévus dans un contrat. En l'absence d'une telle entente, les biens reviennent tout simplement à leur propriétaire et les concubins ne sont pas tenus à une obligation alimentaire entre eux. L'un des deux conjoints peut se retrouver ainsi totalement démuné à cause de son choix de vie, sans possibilité de recours.

Le contexte financier des parents, particulièrement du parent gardien, a un impact très important sur les enfants. La pension alimentaire pour enfants est établie selon les revenus des père et mère⁸², que les parents aient été mariés ou non. Il n'est pas tenu compte dans ce calcul du partage des biens familiaux ni de la situation financière des parents⁸³. Pour assurer le confort de ses enfants, le parent qui a été marié bénéficie, en plus de la pension alimentaire qui leur est allouée, du partage des biens familiaux et, si besoin est, d'un soutien alimentaire de la part de son ex-conjoint. À soutien alimentaire égal, l'enfant d'un couple marié peut vivre plus confortablement que celui qui est né dans une famille de fait !

Une autre distinction dans le traitement entre les enfants issus du mariage ou de l'union de fait réside dans les règles concernant la protection de la résidence familiale, règles d'ordre public⁸⁴. Lors de la dislocation du mariage, l'époux peut se voir attribuer la propriété ou l'usage des meubles servant à l'usage du ménage et l'époux qui a la garde d'un enfant peut obtenir un droit d'usage de la résidence familiale⁸⁵. Ce droit d'usage au parent gardien étant établi à l'avantage des enfants et pour leur protection, il serait donc normal que tous les enfants puissent en bénéficier. Malheureusement, le texte ne permet pas une telle interprétation, le législateur ayant été soucieux, semble-t-il, de ne pas reconnaître la famille de fait. Pourtant, le souci d'égalité en ce qui concerne les enfants plaide en faveur d'accorder cette protection à tous les enfants⁸⁶.

82. *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, précité, note 81.

83. On peut avancer que le parent démuné pourrait présenter une demande pour faire augmenter la contribution alimentaire pour l'enfant, au motif que la valeur de ses actifs est insuffisante selon l'article 587.2, al. 2 C.c.Q. Ce serait, de la part des tribunaux, manifester une grande ouverture à l'égard des enfants issus de couples vivant en union de fait.

84. Art. 391 et 401-413 C.c.Q.

85. Art. 410 C.c.Q.

86. Voir sur ce sujet : D. GOUBAU, « Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret », (1995) 74 *R. du B. can.* 474.

Alors que la réforme du droit de la famille entrée en vigueur en 1981 annonçait une nouvelle ère proclamant l'égalité des enfants, on constate que l'absence de règles concernant l'union de fait crée des inégalités selon la situation familiale de l'enfant. Puisque l'union de fait est un mode de vie de plus en plus répandu au Québec et que, en conséquence, presque la moitié des enfants naissent de couples vivant en union libre⁸⁷, il devient impératif de redresser la situation. Si le principe d'ordre public qu'est l'égalité des enfants reste dans le droit québécois un postulat important, nous croyons qu'il faut cesser de s'aveugler et se rendre à l'évidence que, à cause de l'inertie du législateur, ce grand principe d'ordre public est bafoué.

Conclusion

D'un point de vue patrimonial, on remarque, en droit de la famille, la même tendance qu'en droit des contrats. L'État intervient de plus en plus, au nom de l'ordre public, pour protéger des intérêts privés plutôt que l'intérêt général. Même si les principes de la liberté des conventions matrimoniales et de la liberté de tester demeurent, le législateur tente de promouvoir la solidarité familiale, idée qui se traduit par des mesures impératives visant à rééquilibrer les droits économiques des époux. On doit donc constater le déclin de la liberté au profit de l'égalité !

Il est toutefois paradoxal d'observer que l'ordre public joue un rôle marginal lorsque des personnes vivent maritalement à l'extérieur des liens du mariage. Il intervient lorsqu'il s'agit des rapports des concubins avec des tiers, mais il est encore absent des rapports privés. Pourtant, le concubinage, jadis situation honteuse et contraire à l'ordre public, fait désormais partie des mœurs. Jusqu'à maintenant, le législateur québécois a pris la position de tout simplement ignorer le phénomène dans le Code civil, laissant sans cadre juridique le choix matrimonial d'une bonne partie de la population québécoise dans ses rapports privés. Ce silence n'est pas sans engendrer des situations intolérables pour les concubins et leur famille lorsque survient la rupture. Une société peut-elle se permettre qu'au nom de la liberté l'ordre public soit ignoré ?

87. STATISTIQUE CANADA, *Grandir avec maman et papa ? Les trajectoires familiales complexes des enfants canadiens*, Ottawa, Ministère de l'Industrie, n° 89 566 au catalogue, p. 10, données 1994-1995.

Le ministre de la Justice annonçait récemment que le législateur s'apprête à revoir la législation concernant les unions de fait. Un avant-projet de loi, qui prévoit l'application des avantages accordés par les lois sociales aux conjoints de même sexe, a été déposé par le ministre de la Justice⁸⁸. D'autres modifications, qui profiteront aux conjoints hétérosexuels et aux conjoints homosexuels, restent à venir. Nous ne pouvons pas encore nous prononcer sur ce projet, mais nous souhaitons que le législateur sache faire preuve d'imagination et de souplesse afin d'assurer une protection appropriée aux concubins tout en respectant la liberté des individus.

88. Avant-projet de loi : *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, 2^e session, 35^e législature, 1998.