

# AFFAIRE *ÉRIC C. LOLA* UNE FIN AUX ALLURES DE COMMENCEMENT

Alain Roy\*

SYNTHÈSE . . . . .	261
INTRODUCTION . . . . .	263
1. LE JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME . . . . .	265
1.1 Rappel des faits . . . . .	265
1.2 Questions en litige et réponses . . . . .	266
1.3 Analyse des juges. . . . .	268
1.3.1 Cadre analytique de l'article 15(1). . . . .	268
1.3.1.1 L'analyse du juge LeBel (et des juges Fish, Rothstein et Moldaver) . . . . .	268
1.3.1.2 L'analyse de la juge Abella (et des juges McLachlin, Deschamps, Karakatsanis et Cromwell) . . . . .	275
1.3.2 Cadre analytique de l'article premier . . . . .	278
1.3.2.1 L'objectif . . . . .	279

---

\* Docteur en droit. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Je tiens à remercier M<sup>e</sup> Dominique Barsalou, avocate, la professeure Hélène Belleau (sociologie – INRS), M<sup>me</sup> Marie-Lyne Bergeron, étudiante à l'école du Barreau, M<sup>e</sup> Jocelyne Jarry, avocate, la professeure Évelyne Lapierre-Adamcyk (démographie – UdeM), la professeure Céline Le Bourdais (sociologie – McGill), le professeur Robert Leckey (droit – McGill), le professeur Benoît Moore (droit – UdeM), la professeure Danielle Pinard (droit – UdeM) et M<sup>me</sup> Julie Perreault, étudiante en droit, pour leurs précieux commentaires. Les opinions émises dans le présent texte n'engagent cependant que leur auteur.

1.3.2.2	Le lien rationnel . . . . .	279
1.3.2.3	L'atteinte minimale . . . . .	280
1.3.2.3.1	La juge Abella . . . . .	280
1.3.2.3.2	La juge Deschamps (et les juges Karakatsanis et Cromwell) . . . . .	283
1.3.2.3.3	La juge en chef McLachlin . . . . .	288
1.3.2.4	La proportionnalité . . . . .	289
2.	LA SUITE OU LES POSSIBLES VOIES DE RÉFORME . . . . .	292
2.1	Revoir les statuts conjugaux . . . . .	293
2.1.1	Le mariage . . . . .	293
2.1.2	L'union de fait . . . . .	296
2.1.2.1	Le <i>statu quo</i> . . . . .	296
2.1.2.2	L'établissement d'un cadre juridique . . . . .	298
2.1.3	L'union civile . . . . .	301
2.2	Et si la solution se trouvait ailleurs ? . . . . .	302
2.2.1	Couple avec enfant . . . . .	305
2.2.2	Couple sans enfant . . . . .	305
	CONCLUSION . . . . .	306

## SYNTHÈSE

Le 25 janvier dernier, la Cour suprême du Canada a rendu son jugement dans l'affaire *Éric c. Lola* : le régime juridique du Québec en matière d'union de fait satisfait aux exigences constitutionnelles, mais de justesse. Pour 5 des 9 juges, l'État québécois est en droit de maintenir les conjoints de fait à l'écart des protections qu'impose le Code civil aux conjoints mariés.

Le jugement de la Cour suprême marque la fin de l'affaire *Lola*. Une fin qui pourrait toutefois revêtir des allures de commencement. De l'arène judiciaire dans laquelle il n'aurait jamais dû se retrouver, le débat pourrait fort bien s'amorcer dans l'arène politique. Le ministre de la Justice du Québec s'est d'ailleurs montré réceptif à l'idée d'entamer un processus de réflexion sur les droits et obligations des conjoints de fait, voire sur l'ensemble du droit de la famille dont les bases remontent au début des années 80.

Cet article présente un tour d'horizon de l'affaire *Lola* au moyen d'un plan en deux parties. La première présente les grandes lignes du jugement de la Cour suprême, alors que la seconde aborde les possibles suites législatives de la décision. Si, tel que l'a affirmé le ministre de la Justice, le gouvernement est ouvert à l'idée de revoir les bases du droit de la famille, quelles seront les options à sa disposition ? Autrement dit, quelles voies de réforme s'offriront à lui pour ajuster le droit aux nouvelles configurations familiales ?



## INTRODUCTION

Le 25 janvier dernier, la Cour suprême du Canada a rendu son jugement dans l'affaire *Éric c. Lola*<sup>1</sup> : le régime juridique du Québec en matière d'union de fait satisfait aux exigences constitutionnelles, mais de justesse. Pour 5 des 9 juges, l'État québécois est en droit de maintenir les conjoints de fait à l'écart des protections qu'impose le Code civil aux conjoints mariés. Cette très faible majorité, par ailleurs divisée sur les motifs, reflète bien la polarisation sociale provoquée par l'affaire. Loin de faire l'unanimité, le débat a au contraire suscité beaucoup de division au sein de la population. Dès l'introduction de l'instance, les pro-Lola et les pro-Éric se sont affrontés sur la place publique, les premiers dénonçant la discrimination dont seraient victimes les conjoints de fait, les seconds priant les tribunaux de ne pas « marier de force » ceux et celles qui n'ont jamais exprimé de consentement en ce sens.

La Cour suprême a peut-être tranché, mais elle n'a certainement pas mis fin au débat social. Au contraire, une décision aussi partagée ne peut que conforter les uns et les autres dans leur position respective. De l'arène judiciaire dans laquelle il s'est exprimé au cours des dernières années, le débat risque donc de se transporter dans l'arène politique. Dès la publication du jugement, le ministre de la Justice du Québec, Bertrand St-Arnaud, a habilement saisi la balle au bond en se déclarant ouvert à l'idée d'entamer un processus de réflexion sur les droits et obligations des conjoints de fait, voire sur l'ensemble du droit de la famille. Rappelant que la réforme ayant mené aux dispositions actuelles remonte au début des années 80, le ministre s'est dit sensible aux arguments de ceux et celles qui souhaitent une révision de fond en comble des règles du Code civil en matière familiale<sup>2</sup>.

Quand j'ai choisi le droit de la famille comme sujet d'études au milieu des années 90, certains prétendaient qu'il s'agissait d'un domaine ennuyant où régnait l'immobilisme judiciaire et législatif. On réduisait le droit de la famille au divorce, considérant qu'il marquait la fin du mariage non seulement sur le plan individuel, mais également sur le plan social. On me répétait que le mariage avait perdu de son attrait, qu'il était devenu une institution archaïque, que l'avenir était à la conjugalité sans droit. Voilà une bien triste perspective pour un juriste familialiste !

---

1. *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5 (ci-après « Lola CSC »).

2. Guillaume BOURGAULT-CÔTÉ, « Conjoint de fait : Québec fera ses devoirs », *Le Devoir*, 26 janvier 2013, à <<http://m.ledevoir.com/societe/justice/369372/conjoints-de-fait-quebec-fera-ses-devoirs>> (date de consultation : 22 février 2013).

L'histoire des 20 dernières années aura fait mentir ces éteignoirs qui, manifestement, n'avaient pas anticipé le bouillonnement qui se préparait. Et pour cause. Qui aurait cru que le mariage, l'institution qui donne ouverture au droit de la famille, aurait fait l'objet de tant de convoitise ? Après les conjoints de même sexe qui se sont farouchement battus pour en obtenir l'accès dans les années 1990<sup>3</sup>, voilà que, sous l'impulsion de l'affaire *Lola*, un réaménagement des cadres conjugaux pourrait se retrouver sous peu à l'ordre du jour législatif. Parallèlement, le taux de divorce demeure toujours aussi élevé : près d'un mariage sur deux aboutit à une rupture<sup>4</sup>. Le spectacle est loin d'être ennuyant ou statique ! L'image qui me vient en tête est plutôt distrayante, soit celle d'une masse d'anguilles grouillantes à laquelle on peut comparer le mariage : ceux qui sont dedans veulent en sortir, et ceux qui sont dehors veulent y entrer !

Je vous propose un tour d'horizon de l'affaire *Lola* au moyen d'un plan en deux parties. La première se rapporte au passé ; il s'agira de présenter les grandes lignes du jugement de la Cour suprême. Étant libéré du devoir de réserve que m'imposait jusqu'en janvier dernier mon statut d'expert du procureur général dans l'affaire, je m'autoriserai de certains commentaires critiques. Je ne résumerai ni la décision de la Cour supérieure<sup>5</sup>, ni celle de la Cour d'appel<sup>6</sup>, celles-ci ne présentant aujourd'hui qu'un intérêt juridique limité. En effet, la Cour suprême ne s'est pas contentée d'infirmer ou de confirmer l'une ou l'autre des décisions, même en partie, elle a plutôt fait table rase en reprenant le raisonnement à zéro. Cela dit, je me permettrai de référer aux décisions des instances inférieures lorsque la situation l'exigera.

La deuxième partie nous transposera dans l'avenir puisque j'y aborderai les possibles suites législatives de la décision. Si, tel que l'a affirmé le ministre de la Justice, le gouvernement se montre réceptif à l'idée de revoir les bases du droit de la famille, quelles seront les options à sa disposition ? Autrement dit, quelles voies de réforme s'offriront à lui pour ajuster le droit aux nouvelles configurations familiales ?

- 
3. Alain ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois », (2005) 35 *R.G.D.* 161.
  4. INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Nombre de divorces et indice synthétique de divortialité*, Québec, 1969-2008, à <[http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat\\_matrm\\_marg/6p4.htm](http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat_matrm_marg/6p4.htm)> (date de consultation : 22 février 2013).
  5. *Droit de la famille – 091768*, 2009 QCCS 3210 (ci-après « *Lola CS* »).
  6. *Droit de la famille – 102866*, 2010 QCCA 1978 (ci-après « *Lola CA* »).

## 1. LE JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME

### 1.1 Rappel des faits<sup>7</sup>

À l'occasion d'un voyage d'affaires survenu en 1992, Éric, un riche homme d'affaires de 32 ans, rencontre Lola dans son pays natal. Celle-ci a alors 17 ans, vit chez ses parents et poursuit ses études secondaires.

De 1992 à 1994, les parties voyagent ensemble à travers le monde plusieurs fois par année, mais Lola demeure toujours chez ses parents. Au début de l'année 1995, elle décide d'emménager avec Éric au Québec. Il s'agit là d'une décision prise d'un commun accord par les deux parties.

Une première rupture survient à la fin du mois de juillet 1995. Les parties se reverront à la période des fêtes de la même année et les fréquentations reprendront alors progressivement. En 1996, Lola accouchera du premier enfant du couple. Un deuxième se pointera en 1999, et un troisième, le dernier, en 2001.

Pendant la vie commune, Lola n'occupe pas d'emploi. Elle tente toutefois d'entreprendre une carrière de mannequin. Elle accompagne régulièrement Éric dans ses voyages à travers le monde. Éric pourvoit à tous ses besoins économiques, de même qu'à ceux des enfants. Lola souhaite se marier, mais Éric s'y refuse, disant ne pas croire à cette institution.

En 2002, quelques mois après la naissance du troisième enfant, le couple se sépare de manière définitive. Au total, la cohabitation aura duré sept ans.

À compter de 2002, de nombreuses procédures relatives à la garde des enfants et à la pension alimentaire qui leur est destinée sont entreprises. Le 16 mai 2006, la Cour supérieure accorde la garde partagée des enfants aux parties. Éric se voit du même coup contraint de verser une pension alimentaire aux enfants de 34 260 \$ par mois (ou 411 122 \$ par année). La Cour lui ordonne également de payer certains frais afférents à la maison de 2,5 M \$ dont il est propriétaire et que Lola pourra continuer d'habiter. Éric devra aussi assumer le coût du personnel affecté à cette résidence, notamment un chauffeur, deux nounous et une cuisinière<sup>8</sup>.

Au-delà des sommes et avantages obtenus pour les enfants, Lola revendique le droit de demander une pension alimentaire pour elle-même, de même qu'une prestation compensatoire. Elle exige également le partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts, de même que l'application des mesures de

---

7. Ces faits sont présentés dans le jugement de la Cour supérieure aux par. 7 à 24.

8. Tel que rapporté au paragraphe n° 23 du jugement de la Cour supérieure.

protection de la résidence familiale. Éric lui oppose une fin de non-recevoir fondée sur un constat très simple : le couple n'ayant jamais été lié par le mariage ou l'union civile, aucun de ces mécanismes prévus au Code civil ne peut trouver application.

Qu'à cela ne tienne, Lola invoque discrimination. À ses dires, l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des dispositions du Code civil établissant ces mécanismes s'avère contraire à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>9</sup>. Le cas échéant, ajoute-t-elle, la distinction entre conjoints mariés et conjoints de fait ne saurait se justifier dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte.

Au final, argue-t-elle, les dispositions concernées doivent être invalidées. Comme réparation, Lola demande au tribunal d'ajouter aux dispositions concernées les termes « conjoints de fait » de manière à ce qu'ils puissent désormais bénéficier d'une protection identique à celle résultant du statut matrimonial<sup>10</sup>.

## 1.2 Questions en litige et réponses

La Cour suprême présente les questions en litige de la manière suivante :

1. Les articles 401 à 430, [mesures de protection de la résidence familiale, patrimoine familial, prestation compensatoire] 432, 433, 448 à 484 [société d'acquêts] et 585 [obligation alimentaire entre époux]<sup>11</sup> du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ?

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* ?

---

9. *Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11] (ci-après « la Charte »). Sur l'impact qu'a eu la Charte en droit de la famille au cours des trente dernières années, voir Robert LECKEY et Nicholas BALA, « Les trente années de la Charte canadienne en droit de la famille », à paraître dans (2012) 42 *R.D.U.S.*

10. Lola CSC, n° 38.

11. La Cour ne souligne pas les limites inhérentes à l'article 585 C.c.Q. qui ne trouve application qu'à l'égard des *époux* seulement (et non entre ex-époux). Or, si l'on étend la portée de l'article 585 C.c.Q. aux conjoints de fait, ceux-ci ne pourront, par analogie, se réclamer des aliments que durant la vie commune seulement et non pas au moment de la rupture. Dans ses motifs (nos 196 et 199), le juge Beauregard (de la Cour d'appel) semble avoir quant à lui remarqué cette problématique puisqu'il ne se contente pas de référer à l'article 585 C.c.Q. ; il s'en remet également à l'article 511 C.c.Q. qui permet au tribunal d'ordonner le versement d'une pension alimentaire au moment où il prononce la séparation de corps des époux. Le juge aurait également pu référer à l'article 388 C.c.Q. (au chapitre de la nullité du mariage) et à l'article 521.17 al. 3 C.c.Q. qui, en matière d'union civile, permet au tribunal, lorsqu'il prononce la dissolution de l'union civile, d'ordonner à un conjoint de verser des aliments à l'autre.



Les réponses données par la Cour sont on ne peut plus partagées :

- Pour **4 juges** sur 9 (**j. LeBel**, j. Fish, j. Rothstein et j. Moldaver), l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des dispositions du Code civil ci-dessus énumérés n'est pas discriminatoire au sens de l'article 15(1). Nul besoin, dans cette perspective, d'appliquer l'article premier et de répondre à la seconde question.
- Pour les **5 autres juges** (**j. Abella**, j. McLachlin, j. Deschamps, j. Karakatsanis et j. Cromwell), l'exclusion est jugée discriminatoire. S'ils disent partager la même analyse de l'article 15(1) et représentent à cet égard la majorité de la Cour, ces 5 juges sont toutefois divisés en ce qui concerne l'application de l'article premier :

**La juge Abella** estime la discrimination non justifiée, et ce, tant en ce qui a trait à l'obligation alimentaire entre conjoints qu'aux mesures de protection de la résidence familiale, à la prestation compensatoire et au partage des biens (patrimoine familial et société d'acquêts). Selon la juge, la politique législative du Québec en matière d'union de fait porte donc atteinte à la Charte d'une manière qui ne saurait se justifier dans une société libre et démocratique.

**Les juges Deschamps, Karakatsanis et Cromwell** estiment la discrimination non justifiée, mais uniquement en regard de l'obligation alimentaire. En conséquence, statuent-ils, le législateur du Québec doit élargir la portée du champ d'application de l'article 585 C.c.Q pour y intégrer les conjoints de fait, comme le font déjà les 9 autres provinces canadiennes<sup>12</sup>, mais libre à lui de maintenir l'exclusivité des autres mécanismes au seul bénéfice des époux.

**La juge McLachlin** considère justifiées toutes les exclusions préalablement jugées discriminatoires.

C'est donc la juge en chef qui, par le biais de l'article premier, « sauve » la politique législative du Québec dans son intégralité. S'ajoutant aux juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver aux yeux desquels aucune discrimination contraire à l'article 15(1) n'a été prouvée, la juge McLachlin fait pencher la balance en faveur de la constitutionnalité du droit québécois.

Sous l'angle du droit positif de la famille, on pourrait fort bien s'arrêter ici. Les familialistes pourront en effet se contenter d'une simple référence au jugement de la Cour suprême qui aura confirmé la validité constitutionnelle des règles québécoises. À la rigueur, cette référence pourra se retrouver dans une note de

---

12. Voir les références aux législations des provinces canadiennes anglaises dans Alain ROY, « La liberté contractuelle des conjoints de fait réaffirmée par la Cour d'appel... Un avant-goût des jugements à venir ? », (2001) 103 *R. du N.* 431, 453, note 16.

bas de page ! C'est plutôt pour les constitutionnalistes que l'analyse avancée par les différents juges présente un réel intérêt juridique. À lire le jugement de 450 paragraphes, on peut d'ailleurs anticiper le « plaisir » qu'ils auront à démêler les élucubrations de la Cour sur les droits à l'égalité...

Ne serait-ce qu'en raison du caractère historique qu'elle revêt, la décision de la Cour supérieure mérite néanmoins d'être résumée, peu importe le profil de l'auditoire et du lectorat juridiques. Certes, les notaires et avocats ne puiseront pas dans les lignes qui suivent les réponses aux multiples questions que génère leur pratique quotidienne, mais ils pourront y découvrir le regard porté par les juges de la Cour suprême sur le droit de la famille québécois et, incidemment, sur la conjugalité et les valeurs qui en constituent les fondements.

### **1.3 Analyse des juges**

#### **1.3.1 Cadre analytique de l'article 15(1)**

##### *1.3.1.1 L'analyse du juge LeBel (et des juges Fish, Rothstein et Moldaver)*

Le juge Louis LeBel, dont les motifs sont partagés par les juges Fish, Rothstein et Moldaver, conclut à l'absence de toute discrimination contraire à l'article 15(1). Pourquoi débiter la présentation du cadre analytique de l'article 15(1) avec les motifs des juges minoritaires ? Tout simplement parce que le juge LeBel, bien que théoriquement en minorité sur l'analyse constitutionnelle, s'inscrit dans la majorité en ce qui a trait à la conclusion et au dispositif en tant que tel. Or, c'est cette conclusion et ce dispositif qui intéressent d'abord les civilistes.

Par ailleurs, selon toute vraisemblance, c'est le juge LeBel qui a été initialement chargé de rédiger le jugement au nom de la Cour. On le perçoit par la facture introductive de sa décision. Après avoir tracé un très long historique du droit de la famille québécois, le juge fait état de l'évolution des mœurs et des mentalités. En somme, il consacre de nombreuses pages au contexte législatif et social de l'affaire<sup>13</sup>. Les autres juges s'y réfèrent, soit pour y souscrire ou y ajouter, soit pour s'en dissocier. En dépit du mandat qui semble lui avoir été donné, le juge LeBel n'aura donc pas su rallier 5 de ses collègues... ce qui explique sans doute l'importance du délai qui s'est écoulé entre l'audition de la cause et la décision, c'est-à-dire un peu plus d'un an. On imagine facilement les réunions, discussions, négociations ardues qui ont eu lieu pendant ce long intervalle...

Le juge LeBel applique le cadre analytique de l'article 15(1) d'abord élaboré par la Cour suprême dans l'arrêt *Andrews*<sup>14</sup>, ensuite enrichi dans l'arrêt

---

13. *Lola CSC*, nos 51-129.

14. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

*Law*<sup>15</sup>, et finalement remanié dans les arrêts *Kapp*<sup>16</sup> et *Withler*<sup>17</sup>. Ce cadre analytique comporte aujourd'hui 2 étapes. La première se traduit par la question suivante :

(1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré à l'article 15(1) ou analogue ?

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

En raison du terme « notamment » employé dans l'article, les motifs expressément énumérés ne sont pas les seules bases de discrimination prohibées. Et de fait, la Cour suprême y a déjà ajouté d'autres motifs, dont l'état matrimonial<sup>18</sup>. L'état matrimonial constitue donc un motif analogue au sens de l'article 15(1). Ces précisions étant rappelées, le juge LeBel répond à la première question de manière affirmative :

Les divers articles du Code civil faisant l'objet du présent litige ne s'appliquent qu'aux personnes mariées ou unies civilement. Ils régissent les rapports juridiques privés établis entre ces dernières, mais ne s'appliquent pas aux rapports entre conjoints de fait. Ces dispositions opèrent ainsi une distinction sur la base du motif analogue qu'est l'état matrimonial.<sup>19</sup>

La deuxième étape du cadre analytique se traduit par la question suivante :

(2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes ?

Le juge LeBel perçoit clairement le désavantage résultant de la distinction déjà repérée :

[...] à moins que les conjoints de fait ne bénéficient d'une capacité de gain et d'un patrimoine identiques, quelle que soit l'origine de ce dernier, un des conjoints se trouvera dans une situation moins favorable après la rupture que ne l'aurait été le conjoint marié, placé dans une situation patrimoniale similaire.<sup>20</sup>

---

15. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

16. *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41.

17. *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12.

18. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

19. *Lola* CSC, n° 241 (je souligne).

20. *Ibid.*, n° 242.

Mais aux dires du juge LeBel, la démonstration d'un désavantage ne suffit pas. Encore faut-il que Lola puisse établir que la mesure désavantageuse contestée, en l'occurrence le Code civil en matière familiale, perpétue un préjugé à l'égard des conjoints de fait, soit dans son objet ou dans son effet, ou que le désavantage en cause repose sur un stéréotype.

Le juge LeBel définit le préjugé en ces termes :

[...] Généralement, une mesure perpétue un préjugé lorsqu'elle révèle une attitude ou une opinion défavorable à l'égard d'une personne, sur la base d'une caractéristique personnelle énumérée au par. 15(1) ou qui lui est analogue. Un constat identique s'impose face à une disposition qui reconnaît une plus grande valeur morale à certaines personnes au détriment d'un autre groupe de personnes sur la base d'une telle caractéristique.<sup>21</sup>

Le préjugé, rappelle le juge LeBel, peut être intentionnel ou non intentionnel. Il est intentionnel s'il apparaît à la face même de la législation. On dira alors de la mesure législative contestée qu'elle perpétue un préjugé dans son objet. Quant au préjugé non intentionnel, il se rapportera non pas à l'objet de la loi, mais à son effet en hiérarchisant les groupes, en attribuant une valeur inférieure à l'un d'eux par rapport aux autres :

Si une mesure a pour effet de privilégier certains individus au détriment d'autres individus en attribuant aux seconds une valeur inférieure, ou si elle crée, même par inadvertance, une hiérarchie entre eux, elle sera considérée discriminatoire par l'expression d'un préjugé.<sup>22</sup>

Qu'en est-il du *Code civil du Québec* en matière d'union de fait ?

Pour le juge LeBel, aucun préjugé n'en résulte dans son objet. On ne peut donc conclure à l'existence d'un préjugé intentionnel. Autrement dit, on ne peut attribuer à l'État québécois la volonté de déconsidérer les conjoints de fait. S'il est vrai que le *Code civil du Bas-Canada* défavorisait ceux qu'on appelait à l'époque les concubins<sup>23</sup>, on ne saurait aujourd'hui détecter la présence d'une forme

---

21. *Ibid.*, n° 244 (je souligne).

22. *Ibid.*, n° 251 (je souligne).

23. Entre autres choses, le législateur discréditait sévèrement les enfants issus du concubinage. Désignés sous le vocable d'« enfants naturels », ceux-ci étaient privés d'un grand nombre de prérogatives légales. Le législateur niait également aux concubins le droit de se consentir des donations entre vifs, les privant de ce fait d'une forme d'organisation contractuelle susceptible de consolider leur relation et d'en assurer une certaine stabilité. Voir Alain ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec », dans Hélène BELLEAU et Agnès MARTIAL (dir.), *Aimer et compter. Droits et pratiques des solidarités conjugales dans les nouvelles trajectoires familiales*, Québec, P.U.Q., 2011, 113-141.

d'hostilité législative à l'égard des couples en union de fait<sup>24</sup>. À l'appui de cette conclusion, le juge fait appel aux rapports d'expertise déposés en preuve<sup>25</sup>. Ces rapports, affirme-t-il, expliquent l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des mesures prévues au Code civil en matière familiale par la volonté de l'État de respecter le libre choix et l'autonomie de la volonté des couples. Le cadre légal à l'intérieur duquel évoluent aujourd'hui les conjoints de fait québécois ne tient donc pas du déni de légitimité, il procède plutôt d'une vision distinctive axée sur les valeurs de liberté et d'autonomie<sup>26</sup>.

Cela dit, si le Code civil ne perpétue pas de préjugés dans son objet, se pourrait-il qu'il en perpétue de par son effet, sachant qu'un préjugé, tel que ci-dessus mentionné, peut être non intentionnel ? Ainsi, dans la mesure où le Code civil aurait pour effet de transmettre un message *déconsidérant* des conjoints de fait, de projeter une image ou une croyance négative à leur sujet, s'il en résulte une hiérarchisation des statuts conjugaux, bien que telle ne soit pas l'intention du législateur, il faudra alors conclure à l'existence d'une discrimination.

Le juge LeBel ne voit rien de tel dans le Code civil. À ses yeux, il n'a pas pour effet d'attribuer une valeur inférieure aux conjoints de fait par rapport aux conjoints mariés, il n'a nullement pour effet de hiérarchiser quoi que ce soit, il crée simplement une distinction entre deux statuts conjugaux sur la base d'un facteur spécifique, c'est-à-dire le consentement<sup>27</sup>.

24. Le juge LeBel prend soin de préciser qu'un désavantage historique peut s'estomper avec le temps : « [...] Conformément aux enseignements de l'arrêt *Law*, ce désavantage historique appelle un examen résolument prudent de toute nouvelle mesure législative comportant une distinction désavantageuse pour certains membres de ce groupe [...]. Cependant, la reconnaissance d'un désavantage historique n'emporte pas automatiquement la conclusion qu'une distinction demeure aujourd'hui discriminatoire parce qu'elle causerait un désavantage par la perpétuation d'un préjugé » : n° 248. La juge Abella ne partage visiblement pas cet avis. Ainsi, écrit-elle : « Bien qu'elle ait admis que ce désavantage s'est estompé à mesure que les attitudes ont changé, elle [j. McLachlin] a néanmoins conclu qu'« on ne saurait nier le désavantage subi par ce groupe » [n° 152], conclusion qui rappelle de façon importante qu'il est rarement arrivé, à notre époque, qu'une ligne de démarcation nette témoigne clairement du passage fructueux d'un groupe historiquement désavantagé à une réalité dénuée d'obstacles » : n° 318.

25. Notons que le seul rapport d'expertise dont l'objet spécifique était d'identifier le ou les fondements de l'actuelle politique législative du Québec en matière d'union de fait est celui que j'ai produit à la demande du Procureur général du Québec : Alain ROY, *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé*, Rapport d'expertise, [Ministre de la Justice du Québec – Procureur général du Québec], Montréal, 2008. Reproduit à (2012) 83 *C.P. du N.*

26. *Ibid.*, p. 5.

27. Le juge LeBel se réfère ici à l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83 (ci-après « *Walsh* »). Ainsi, écrit-il, « [...] À l'instar du législateur néo-écossais et de la *MPA* [*Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275] en litige dans l'arrêt *Walsh*, l'Assemblée nationale du Québec ne privilégie pas une forme (à suivre...)

Dans le cas du mariage, le législateur se croit justifié d'appliquer un régime juridique puisqu'il peut se fonder sur un consentement explicite alors qu'en union de fait, il s'abstient de le faire faute de volonté expresse. Par défaut, il attribue donc aux conjoints de fait la volonté de demeurer en marge du droit. Le juge souligne que les conjoints de fait peuvent faire des contrats de vie commune s'ils souhaitent se donner une protection mutuelle. Il fait également état des recours de droit commun auxquels ils peuvent avoir accès, notamment l'enrichissement injustifié<sup>28</sup>. Bref, selon le juge LeBel, les articles du Code civil contestés n'ont pas pour effet de transmettre un message ou de projeter une image ou une croyance négative au sujet des conjoints de fait.

Mais l'analyse n'est pas encore terminée puisque Lola peut faire la preuve d'une discrimination en utilisant une deuxième voie. Non seulement une discrimination contraire à l'article 15(1) peut résulter d'un préjugé défavorable, elle peut également trouver sa source dans l'application d'un stéréotype. Lola a échoué par la première voie, reste à voir si elle pourra réussir par la seconde.

Qu'est-ce qu'un stéréotype ? Il y a stéréotype, explique le juge LeBel, lorsqu'une mesure ne reflète pas la situation ou les caractéristiques véritables des sujets de droit concerné<sup>29</sup>.

Selon Lola, le postulat législatif à la base du Code civil en matière familiale constitue un stéréotype. Postuler l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des mesures applicables aux époux par leur volonté implicite de demeurer en marge du droit n'aurait aucune résonance pratique, ne correspondrait pas aux réalités observables. Cette volonté implicite, prétend Lola, ne serait qu'un dogme<sup>30</sup>. Les conjoints de fait ignoreraient leur véritable situation juridique ou entretiendraient faussement l'impression d'être assujettis aux mêmes droits et obligations mutuelles que les époux après l'écoulement d'une certaine durée de vie commune. Bénéficiant du même traitement juridique que les époux en

---

(...suite)

d'union par rapport à une autre. Cette conclusion s'infère si l'on pose correctement les questions de la liberté de choix et de la marge d'autonomie laissée à la volonté des parties. Le législateur ne procède qu'à la définition du contenu juridique des différentes formes d'union conjugale. Il fait du consentement la clé de la modification des rapports patrimoniaux mutuels des conjoints. Il préserve dès lors la liberté de ceux qui désirent organiser leurs rapports patrimoniaux hors du cadre impératif légal » : n° 256.

28. Art. 1493-1496 C.c.Q. Lola CSC, nos 114-120. Le juge réfère notamment à l'arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, dans lequel la Cour suprême a établi certaines présomptions simples permettant au conjoint de fait demandeur de s'acquitter plus aisément de son fardeau de preuve. Pour une analyse des arrêts récents de la Cour suprême portant sur le recours de common law d'« unjust enrichment » dont dispose le conjoint de fait (notamment *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10) et de l'impact que ces arrêts peuvent avoir sur le droit québécois de l'enrichissement sans cause, voir Robert LECKEY, « Unjust Enrichment », à paraître dans (2013) *R. du N.* 114.

29. Lola CSC, n° 269.

30. *Ibid.*, n° 36.

droit fiscal et social, ils croiraient à tort profiter d'un traitement tout aussi identique en droit privé. Dans cette perspective, le libre choix que leur impute le législateur ne serait rien de moins qu'un stéréotype.

Le juge LeBel rejette cet argument :

En l'espèce, aucune preuve au dossier de la Cour ne me permet d'accepter la validité d'une prétention semblable et de conclure que l'exclusion des conjoints de fait du régime primaire et de la société d'acquêts repose sur une caractérisation stéréotypée de leur situation réelle. Spécifiquement, aucun élément de preuve mis de l'avant par A [Lola] ne tend à démontrer que la politique du libre choix, du consensualisme et de l'autonomie de la volonté ne correspond pas à la réalité vécue par les personnes visées.<sup>31</sup>

A [Lola] n'a pas établi, en l'espèce, que c'est un stéréotype que de considérer que les couples en union de fait ont choisi de ne pas s'assujettir aux régimes du mariage ou de l'union civile. Le régime québécois, dont l'effet est de respecter la liberté de choix de chaque personne d'établir sa propre forme de conjugalité et, par le fait même, d'adhérer ou non au régime législatif du mariage ou de l'union civile avec leurs conséquences juridiques distinctes, ne repose pas sur un stéréotype.<sup>32</sup>

Tout semble s'être ici joué sur une simple question de preuve. Lola n'a pas produit de preuve sociologique probante pour appuyer ses prétentions<sup>33</sup>. Certes, des expertises ont été déposées par ses procureurs, notamment l'étude de la professeure Hélène Belleau<sup>34</sup>. Toutefois, ces expertises sont de nature qualitative et non pas quantitative. La différence est fondamentale. Dans une analyse qualitative, l'échantillon est limité, l'objectif n'est pas d'établir des projections

---

31. *Ibid.*, n° 272 (je souligne).

32. *Ibid.*, n° 275 (je souligne).

33. Et le juge LeBel estime que la situation ne lui permet pas de s'en remettre à une « connaissance d'office » : « J'estime par ailleurs ne pas pouvoir prendre connaissance d'office du fait que le choix du mode de conjugalité n'est pas un choix délibéré et véritable qui devrait entraîner des conséquences patrimoniales et qu'il découlerait nécessairement de l'ignorance des conjoints à l'égard des conséquences de leur statut. Un tel fait prête clairement à controverse et n'est pas à l'abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Il n'est pas déraisonnable de considérer qu'en théorie, des individus font parfois des choix peu éclairés et que certaines personnes peuvent ne pas être conscientes des conséquences de leur choix de mode de vie conjugale. Néanmoins, prendre connaissance d'office du fait que le choix volontaire de ne pas se marier n'exprime pas une décision autonome de se soustraire aux régimes légaux pousserait les limites de la connaissance d'office au-delà de ce qui est légitime, particulièrement à l'égard d'une question située au cœur de ce litige » : *Ibid.*, n°s 273-274.

34. Hélène BELLEAU *et al.*, *Enquête qualitative sur les représentations de la conjugalité au Québec*, Rapport d'expertise [Lola], Montréal, 2008. Publié à <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs2007412>> (date de consultation : 22 février 2013).

statistiques, mais de décoder les discours existants. En revanche, une analyse quantitative est basée sur un échantillon de plus grande envergure où les sujets répondent à des questions précises. Des généralisations peuvent ensuite en être tirées. Aussi pertinentes soient-elles sur le plan scientifique, les études sociologiques déposées en preuve par Lola ne possèdent pas ces vertus, comme le reconnaît d'ailleurs le juge LeBel :

[...] En raison des limites méthodologiques de ces études, de l'étroitesse de leur échantillonnage et du manque généralisé de données quantitatives sur lesquelles elles pouvaient émettre des hypothèses, il apparaît impossible dans le contexte de ce dossier de tirer des conclusions définitives à l'égard de plusieurs aspects de ce phénomène social, notamment quant aux motifs du choix de ce type de relation et à son mode de fonctionnement économique.<sup>35</sup>

Que serait-il advenu si le sondage réalisé en 2008 par la firme *Ipsos Descarie* à la demande de la Chambre des notaires avait été admis en preuve<sup>36</sup> ? Réalisé auprès de 805 répondants, ce sondage, d'ordre quantitatif, semble confirmer les prétentions de Lola :

- *Près de 50 % des gens en union libre pensent qu'ils sont aussi bien protégés que les gens mariés en cas de séparation.*
- *60 % des gens en union libre pensent qu'après un certain nombre d'années de vie commune ils ont les mêmes droits que les personnes mariées.*
- *64 % des gens en union libre pensent que tous les biens acquis pendant leur vie commune seront partagés à parts égales en cas de séparation.*
- *77 % des gens en union libre pensent que le conjoint le plus pauvre aura droit à une pension alimentaire en cas de séparation.*

---

35. Lola CSC, n° 127. À cet égard, le juge LeBel cite les propos des sociologues Céline Le Bourdais et Évelyne Lapierre-Adamcyk qui constatent que « [l']état de la recherche basée sur de larges échantillons représentatifs de la population dans son ensemble est particulièrement peu avancé en ce qui concerne la signification de l'union de fait par rapport au mariage, et le sens de l'engagement que les conjoints prennent l'un à l'égard de l'autre » : n° 128. Il est intéressant de noter que la juge Abella s'en remet aux conclusions d'études qualitatives sans même évoquer leur caractère non représentatif sur le plan statistique : n° 373.

36. Le sondage a été réalisé entre le 14 septembre et le 2 octobre 2007, auprès de 805 personnes mariées ou en union libre, âgées entre 18 et 60 ans. La marge d'erreur est de 3,5 %, 19 fois sur 20 : Chambre des notaires du Québec, « Plus de 50 % des conjoints de fait se croient protégés alors qu'ils ne le sont pas !, Sondage Ipsos Descarie, 2007, à <<http://www.newswire.ca/en/story/157047/sondage-ipsos-descarie-plus-de-50-des-conjoints-de-fait-se-croient-protéges-alors-qu'ils-ne-le-sont-pas>> (date de consultation : 22 février 2013).



- 43 % des gens en union libre pensent qu'un conjoint de fait qui est l'unique propriétaire de la résidence ne peut la vendre sans l'accord de l'autre conjoint<sup>37</sup>.

Lola a bien tenté de déposer ce sondage en preuve, mais tant la Cour supérieure que la Cour d'appel en ont rejeté la recevabilité sous prétexte qu'il ne revêtait pas la forme d'un rapport d'expert signé « [...] par une personne habilitée et disponible pour en expliquer la méthodologie et être contre-interrogée sur son contenu »<sup>38</sup>.

Même admis en preuve, rien ne garantit toutefois l'impact qu'aurait pu avoir ce sondage sur l'issue de la décision du juge LeBel. À la rigueur, le juge aurait très bien pu constater l'existence d'un stéréotype et, incidemment, d'une discrimination contraire à l'article 15(1) de la Charte, mais valider ensuite l'atteinte au moyen de l'article premier.

### **Dispositif**

Les articles 401 à 430, [mesures de protection de la résidence familiale, patrimoine familial, prestation compensatoire] 432, 433, 448 à 484 [société d'acquêts] et 585 [obligation alimentaire entre époux] du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ?

Le juge **LeBel** et les juges Fish, Rothstein et Moldaver répondent NON.

#### *1.3.1.2 L'analyse de la juge Abella (et des juges McLachlin, Deschamps, Karakatsanis et Cromwell)*

Autre juge, autre raisonnement, autre conclusion. Sur l'article 15(1), la juge Abella reçoit l'appui formel de 4 autres juges<sup>39</sup>. Sa décision est donc majoritaire. S'ils se rallient autour de l'article 15(1) pour conclure à une discrimination, rappelons que ces 5 juges se diviseront par la suite sur l'article premier.

---

37. *Ibid.* Notons que si le même sondage avait lieu aujourd'hui, les résultats ne seraient probablement pas les mêmes. En effet, on peut croire que la très grande médiatisation de l'affaire *Lola* a contribué à conscientiser davantage la population sur les droits et obligations des conjoints de fait.

38. *Lola CS*, n° 322 et *Lola CA*, n° 46.

39. Pour la juge Deschamps (et les juges Karakatsanis et Cromwell qui souscrivent à ses motifs), voir nos 382 à 385. Pour la juge McLachlin, voir nos 416 à 431. Après avoir déclaré qu'elle partageait l'analyse de la juge Abella sur l'article 15(1), la juge McLachlin y va toutefois de certaines remarques qui laissent douter de sa réelle adhésion (voir nos 426 et s.).

Pour la juge Abella, le cadre analytique de l'article 15(1) qu'applique le juge LeBel n'est pas adéquat. Sa lecture et sa compréhension des arrêts *Kapp*<sup>40</sup> et *Withler*<sup>41</sup> l'amène à le formuler autrement<sup>42</sup>. Les deux questions à poser seraient les suivantes :

- 1) La loi contestée crée-t-elle une distinction fondée sur un motif analogue ?
- 2) Cette distinction crée-t-elle un désavantage ?

C'est précisément à l'égard de cette deuxième question que l'approche différenciée des juges Abella et LeBel se matérialise. Contrairement au juge LeBel qui exigeait la démonstration d'un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes, la juge Abella se limite à requérir la preuve d'un désavantage, sans plus. À ses dires, il n'est pas nécessaire de prouver les éléments que sont la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotype pour en arriver à une conclusion de discrimination au sens de l'article 15(1). Cela dit, ajoute-t-elle, ces éléments pourront ultérieurement jouer un rôle au stade de l'article premier<sup>43</sup>.

Compte tenu des conséquences qui en résultent sur le fardeau de la preuve, la différence entre les deux approches n'est pas que théorique. Si l'on doit aborder ces deux éléments en termes de *critères déterminants* à l'étape de l'article 15(1), comme le croit le juge LeBel, le fardeau d'en démontrer l'existence reposera sur les épaules du justiciable, ce qui paraît excessif aux yeux de la juge Abella<sup>44</sup>. S'ils sont plutôt traités au stade de l'article premier, il reviendra alors au Procureur général d'assumer le fardeau de la preuve. Dans cette perspective, le Procureur général aura effectivement la charge de prouver que la distinction causant le désavantage jugé discriminatoire n'est pas fondée sur la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotype. Une telle démonstration pourrait éventuellement lui permettre de justifier l'atteinte au sens de l'article premier.

Si la juge Abella en vient à cette « reformulation » du cadre analytique de l'article 15(1), c'est parce qu'elle interprète différemment les arrêts qui ont suivi l'arrêt *Law*<sup>45</sup> auquel le juge LeBel se réfère, c'est-à-dire les arrêts *Kapp*<sup>46</sup> et *Withler*<sup>47</sup>. Je laisse aux constitutionnalistes le soin d'évaluer la pertinence de leur

---

40. *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41.

41. *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12.

42. *Lola* CSC, n<sup>os</sup> 327 et s.

43. *Ibid.*, n<sup>o</sup> 333.

44. La juge écrit ainsi : « [...] le demandeur n'a pas besoin de prouver que la loi qu'il conteste répand des *attitudes* négatives, un aspect essentiellement impossible à mesurer » : *Ibid.*, n<sup>o</sup> 329.

45. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

46. *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41.

47. *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12.

analyse respective. En ce qui me concerne, l'intérêt n'est pas tant dans la teneur du raisonnement que dans ses conséquences.

Ces conséquences sur les faits en l'espèce se résument simplement. Reprenons les deux questions formulées par la juge Abella :

- 1) La loi contestée crée-t-elle une distinction fondée sur un motif analogue ?
- 2) Cette distinction crée-t-elle un désavantage ?

La juge Abella répond affirmativement aux deux questions :

[...] Le fait qu'elle [la distinction] impose un désavantage est clair à mon avis : la loi exclut les conjoints de fait financièrement vulnérables et dépendants du bénéfice de mesures de protection considérées si essentielles au bien-être des conjoints vulnérables mariés ou unis civilement que l'une d'elles s'applique de manière présumée et que les autres sont d'ordre public, écartant ainsi explicitement la liberté de contracter ou de choisir de ces couples [mariés].<sup>48</sup>

La juge Abella considère ce constat suffisant. En d'autres termes, elle s'y arrête pour conclure à une discrimination contraire à l'article 15(1) par opposition au juge LeBel qui, rappelons-le, exigeait quant à lui la preuve d'un préjugé ou d'un stéréotype. Cela n'empêche pas la juge Abella de voir dans ces éléments des *indices* susceptibles d'éclairer l'appréciation du désavantage<sup>49</sup>. Or, s'empresse-t-elle d'ajouter, du point de vue de la personne raisonnable, la loi québécoise, « [...] perpétue les effets d'un désavantage historique ancré dans les préjugés et se fonde sur des stéréotypes erronés »<sup>50</sup>.

### ***Dispositif***

Les articles 401 à 430, [mesures de protection de la résidence familiale, patrimoine familial, prestation compensatoire] 432, 433, 448 à 484 [société d'acquêts] et 585 [obligation alimentaire entre époux] du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ?

La juge **Abella** et les juges McLachlin, Deschamps, Karakatsanis et Cromwell répondent OUI.

---

48. *Lola* CSC, n° 349.

49. *Ibid.*, n° 418.

50. *Ibid.*, n° 423.

### 1.3.2 *Cadre analytique de l'article premier*

Comme le juge **LeBel** et les juges Fish, Rothstein et Moldaver ne voient aucune discrimination dans l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des dispositions du Code civil en matière familiale, nul besoin pour eux d'appliquer l'article premier de la Charte :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

La juge **Abella** et les juges McLachlin, Deschamps, Karakatsanis et Cromwell ne peuvent quant à eux échapper à l'exercice. Ayant conclu à l'existence d'une discrimination contraire à l'article 15(1), il leur faut procéder à l'évaluation du caractère raisonnable et justifié de l'atteinte démontrée.

Comme je l'ai mentionné en introduction, c'est à cette étape qu'une division s'opère entre les 5 juges :

- La juge **Abella** considère injustifiée toute forme d'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des dispositions du Code civil en matière familiale. Selon elle, l'ensemble des mécanismes qui y sont prévus, non seulement l'obligation alimentaire, mais aussi les mesures de protection de la résidence familiale, la prestation compensatoire, le patrimoine familial et la société d'acquêts, doivent être étendus aux couples vivant en union de fait, selon des paramètres dont il sera question ci-après ;
- Pour la juge **Deschamps** et les juges Karakatsanis et Cromwell qui souscrivent à ses motifs, seule l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application de l'obligation alimentaire est injustifiée. À leur avis, le législateur québécois doit donc modifier l'article 585 du Code civil pour les y intégrer. Quant aux autres mécanismes que sont les mesures de protection de la résidence familiale, la prestation compensatoire, le patrimoine familial et la société d'acquêts, libre au législateur québécois d'en réserver l'accès aux seuls conjoints mariés ;
- Quant à la juge en chef **McLachlin**, elle valide *in extremis* la politique législative du Québec dans son ensemble en refusant d'y voir la marque d'une atteinte injustifiée, s'ajoutant ainsi aux 4 juges qui, minoritaires sur l'article 15(1), n'y avaient décelé aucune forme de discrimination.

Quelles sont les grandes lignes de ces différents positionnements ?

Pour les identifier correctement, il importe d'abord de rappeler le test en 4 étapes de l'article premier, tel que la Cour suprême l'a initialement défini dans l'arrêt *Oakes*<sup>51</sup> :

- 1) La mesure législative contestée comporte-t-elle un **objectif** suffisamment important pour justifier une atteinte au droit en cause ?
- 2) Y a-t-il un **lien rationnel** entre cette mesure et l'objectif poursuivi ?
- 3) La mesure porte-t-elle le **moins possible atteinte** au droit sur lequel la demande est fondée ?
- 4) Les effets de la mesure sur le droit en cause sont-ils **proportionnés** à l'objectif poursuivi par l'État ?

#### 1.3.2.1 *L'objectif*

Les 5 juges reconnaissent l'importance et la légitimité de l'objectif que poursuit l'État québécois en excluant les conjoints de fait du champ d'application des dispositions du Code civil en matière familiale. Chacun d'eux attribue au législateur l'intention de préserver le libre choix et l'autonomie de la volonté des couples. Aucun des 5 juges ne voit dans la politique législative du Québec l'expression d'une volonté étatique empreinte de mépris à l'égard des conjoints de fait<sup>52</sup>.

#### 1.3.2.2 *Le lien rationnel*

Les 5 juges sont également unanimes en ce qui a trait au lien rationnel entre les mesures contestées et l'objectif poursuivi. Ils reconnaissent tous l'existence d'un tel lien entre l'objectif de l'État de respecter le libre choix de ceux et celles qui vivent en couple et l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application du Code civil. Soit les conjoints manifestent un consentement formel et exprès au mariage, se soumettant par le fait même au cadre juridique qui en résulte, soit ils demeurent en union de fait, étant dès lors présumés vouloir rester en marge de ce cadre juridique<sup>53</sup>.

---

51. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

52. Ainsi, la juge Abella écrit : « [...] comme l'objectif consistant à préserver la liberté de choisir n'a pas été débattu vigoureusement devant notre Cour par les parties, je l'accepte pour les besoins de l'analyse fondée sur l'article premier » : n° 358. Pour la juge Deschamps (et les juges Karakatsanis et Cromwell qui souscrivent à ses motifs), voir nos 394 et 400. Pour la juge McLachlin, voir nos 435-437.

53. Pour la juge Abella, voir n° 359. Pour la juge Deschamps (et les juges Karakatsanis et Cromwell qui souscrivent à ses motifs), voir nos 394 et 400. Pour la juge McLachlin, voir n° 438.

On entrevoit toutefois la réticence de la juge Abella qui, d'une certaine manière, annonce ses couleurs en ne reconnaissant que du bout des lèvres l'existence d'un lien rationnel :

Bien que le lien invoqué en l'espèce soit ténu à mes yeux, je ne peux affirmer que le fait d'exclure les conjoints de fait du bénéfice des mesures de protections relatives au soutien alimentaire et au partage des biens n'a absolument aucun rapport avec l'objectif qui consiste à accorder à ces couples la liberté de choisir de ne pas être visés par les régimes légaux régissant le mariage et l'union civile.<sup>54</sup>

La brèche dans l'unité des 5 juges se cristallisera au troisième critère, celui de l'atteinte minimale.

### 1.3.2.3 L'atteinte minimale

#### 1.3.2.3.1 La juge Abella

Pour la juge Abella, l'exclusion totale des conjoints de fait du champ d'application des dispositions du Code civil en matière familiale ne rencontre pas le troisième critère que constitue l'« atteinte » minimale :

Dans le présent pourvoi, l'étape cruciale de l'analyse est à mon avis celle de l'atteinte minimale, étape à laquelle « le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit [...] aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif [...]. À mon avis, il est impossible d'affirmer que l'exclusion totale des conjoints de fait porte atteinte de façon minimale à leur droit à l'égalité.<sup>55</sup>

En fait, estime la juge Abella, il existe d'autres moyens de préserver le libre choix des couples que celui mis en place par l'État québécois. Et la juge élabore sur le sujet en suggérant l'établissement d'un système d'*opting out* qui, à son sens, rencontrerait quant à lui le critère de l'atteinte minimale. Suivant sa proposition, le consentement mutuel des conjoints de fait serait donc requis non pas pour intégrer le droit, mais plutôt pour s'en exclure :

[...] un régime dont la protection s'appliquerait de manière présumée et qui serait assorti d'un droit de retrait en faveur des conjoints de fait constitue un exemple de solution de rechange propre à assurer aux conjoints financièrement vulnérables la protection dont ils ont besoin, sans compromettre l'objectif du législateur qui

---

54. Lola CSC, n° 359 (je souligne).

55. *Ibid.*, n° 360.

consiste à accorder la liberté de choisir aux conjoints de fait qui souhaitent s'en prévaloir.<sup>56</sup>

Bref, la juge Abella renverserait la logique juridique actuelle. Plutôt que d'avoir à opter *in* pour bénéficier d'un encadrement juridique, soit par le mariage ou l'union civile, soit au moyen d'une convention d'union de vie commune, les conjoints de fait seraient automatiquement soumis, du simple fait de la vie commune, à l'obligation alimentaire, aux mesures de protection de la résidence familiale, à la prestation compensatoire et au partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts, à moins d'opter *out*, en tout ou en partie, au terme d'une mécanique consensuelle qu'il reviendrait à l'État de mettre en place.

Fondamentalement, si la juge Abella émet cette proposition, c'est parce qu'elle ne croit tout simplement pas au libre choix dans le cadre d'un système d'*opting in*. À ses yeux, le libre choix est une vue de l'esprit, un concept théorique qui ne colle pas à la réalité des couples, étant entendu qu'un conjoint doit nécessairement obtenir l'accord de l'autre pour bénéficier de protections juridiques, que ce soit par le mariage ou autrement<sup>57</sup>. Or, rien ne pourra jamais lui garantir l'obtention d'un tel accord :

Une autre lacune du régime actuel fondé sur l'adhésion volontaire est le fait qu'il ne reconnaît pas que la décision de se marier formellement est une décision mutuelle. Un des membres du couple peut décider de refuser de se marier ou de s'unir civilement et ainsi priver l'autre du bénéfice d'un soutien alimentaire nécessaire lorsque la relation prend fin.<sup>58</sup>

À première vue, le raisonnement de la juge Abella peut sembler paradoxal. Elle disqualifie d'abord l'argument du libre choix dans le cadre d'un système d'*opting in*, comme celui qui résulte du Code civil, pour ensuite récupérer et valider l'argument, dans le cadre d'un système d'*opting out*. Le juge LeBel décrit ce paradoxe ainsi :

[...] Elle [la juge Abella] obligerait [...] les conjoints à exercer une liberté de choix dont elle nie cependant la validité et la pertinence lorsqu'il s'agit d'opter pour une forme particulière de conjugalité.<sup>59</sup>

[...] elle ne reconnaît pas la réalité du rôle du consentement dans la mise en œuvre des droits et obligations résultant des différentes formes de conjugalité. Curieusement, la solution d'« *opting out* » (régime assorti d'un droit de retrait) qu'elle propose

---

56. *Ibid.*

57. La juge Deschamps (et les juges Karakatsanis et Cromwell) partagent cet avis : n° 396. Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, l'argument du libre choix avait aussi été critiqué par les juges L'Heureux-Dubé (n° 102) et McLachlin (n° 153).

58. *Lola CSC*, n° 375 (je souligne).

59. *Ibid.*, n° 261.

aux parties vivant en une union de fait dépendrait elle-même de cette mutualité du consentement [...].<sup>60</sup>

À mon avis, le raisonnement de la juge Abella doit se comprendre en fonction du transfert de charge qu'impliquerait le remplacement du système actuel par celui qu'elle préconise. Dans un système d'*opting in*, le fardeau repose sur les épaules du conjoint économiquement vulnérable. C'est à lui que revient la charge de convaincre l'autre d'adhérer aux protections juridiques par le biais du mariage, de l'union civile ou d'une convention d'union de fait. En revanche, dans le système d'*opting out*, le fardeau repose plutôt sur les épaules du conjoint le plus fortuné. Le conjoint économiquement vulnérable se voit protégé par la loi sans avoir à obtenir l'accord de l'autre, à moins que ce dernier ne le convainque de s'y soustraire<sup>61</sup>. J'aurai l'occasion de revenir sur ces considérations au point 2.2.

Cela dit, la juge Abella envisage le droit québécois d'un seul bloc sans faire de distinction entre les différentes protections juridiques auxquelles ont accès les conjoints mariés. Son analyse, comme je l'ai déjà souligné, s'applique à l'ensemble des dispositions du Code civil en matière familiale, qu'il s'agisse de l'obligation alimentaire, des mesures de protection de la résidence familiale, de la prestation compensatoire, du patrimoine familial ou de la société d'acquêts<sup>62</sup>.

Une telle approche peut surprendre ceux et celles qui ont pris connaissance du jugement rendu en l'espèce par la Cour d'appel au terme duquel les juges Dutil, Giroux et Beaugard se sont tous trois dits liés par l'arrêt *Walsh* prononcé par la Cour suprême en 2002<sup>63</sup>. Dans cet arrêt, rappelons-le, la Cour suprême a reconnu la validité constitutionnelle de la Loi néo-écossaise sur le partage des biens matrimoniaux (la *MPA*)<sup>64</sup>, refusant de voir dans l'exclusion des conjoints de fait une discrimination contraire à l'article 15(1). Selon le juge Bastarache, l'État peut légitimement réserver les bénéfices de cette loi aux couples qui ont exprimé leur volonté d'y adhérer par le mariage :

À mon sens, on peut dire des personnes qui se marient qu'elles ont librement accepté des droits et obligations réciproques. La décision des parties de ne pas se marier commande le même respect car elle relève également d'un choix conscient. [...]. La *MPA* ne protège que les personnes qui ont manifesté leur volonté d'être assujetties et qui ont exercé leur droit de choisir.<sup>65</sup>

---

60. *Ibid.*, n° 268.

61. *Ibid.*, n° 379.

62. *Ibid.*, n° 380.

63. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83 (ci-après « Walsh »).

64. *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275.

65. *Walsh*, n° 55.



Invoquant l'autorité du précédent, la Cour d'appel du Québec a donc reconnu la validité constitutionnelle de l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des dispositions du Code civil portant sur le partage des biens, tant celles relatives au patrimoine familial, à la société d'acquêts qu'à la prestation compensatoire<sup>66</sup>. La Cour d'appel s'est toutefois cru justifiée d'aborder la question de l'obligation alimentaire sans égard à l'arrêt *Walsh*<sup>67</sup>. En assimilant cette institution à une sorte d'obligation sociale fondamentale qui, au contraire des règles relatives au partage des biens, repose non pas sur la volonté des conjoints mais sur l'interdépendance économique inhérente aux relations conjugales, la Cour d'appel a invalidé l'article 585 C.c.Q. réservé aux seuls époux<sup>68</sup>.

Manifestement, la juge Abella ne retient pas ces distinctions. La raison en est fort simple : l'arrêt *Walsh*, déclare-t-elle, doit être écarté. L'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême sur les droits à l'égalité l'aurait rendu caduque :

[...] Comme l'analyse relative à l'égalité que commande le par. 15(1) de la Charte a évolué de manière appréciable au cours des dix années qui se sont écoulées depuis l'arrêt *Walsh*, avec égards, je m'abstiendrai de le suivre.<sup>69</sup>

Ce qui constituait l'armature même du jugement de la Cour d'appel se voit donc réduit à néant par la juge Abella.

#### 1.3.2.3.2 La juge Deschamps (et les juges Karakatsanis et Cromwell)

Aux yeux de la juge Deschamps, seule l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application de l'obligation alimentaire ne rencontre pas le critère de l'atteinte minimale. Les autres mécanismes que sont les mesures de protection de la résidence familiale, la prestation compensatoire, le patrimoine familial et la société d'acquêts y satisfont<sup>70</sup>.

La juge Deschamps adopte donc une conclusion similaire à celle retenue par la Cour d'appel qui, comme susdit, distingue également l'obligation alimentaire des autres mécanismes prévus au Code civil en matière familiale. Cependant, la distinction qu'elle soumet ne repose pas sur l'autorité du précédent que

---

66. Lola CA, n° 58 (j. Dutil et Giroux) et n° 194 (j. Beaugregard).

67. *Ibid.*, n° 64.

68. *Ibid.*, n° 68.

69. Lola CSC, n° 338 (je souligne). La juge Abella considère qu'on ne peut, après avoir admis l'état matrimonial (qui suppose un choix) à titre de motif analogue, refuser de reconnaître une discrimination en vertu de l'article 15(1) en se basant justement sur cette même idée de choix : n°s 335 et 340. La juge Deschamps (et les juges Karakatsanis et Cromwell qui souscrivent à ses motifs) semble partager ce raisonnement : n°s 384-385 et 398.

70. Lola CSC, n° 408.

constituait l'arrêt *Walsh*<sup>71</sup>, comme ce fut le cas en Cour d'appel, mais sur une analyse conceptuelle qui m'apparaît pour le moins discutable.

La juge semble attribuer aux mécanismes autres que l'obligation alimentaire une fonction subsidiaire. L'obligation alimentaire viserait les besoins de base, alors que les autres mécanismes constitueraient une sorte d'« extra » pour les couples qui ont pu ou voulu accumuler des biens :

[...] les mesures de protection du patrimoine des époux ne s'attachent pas, au même titre que la pension alimentaire, aux besoins fondamentaux du conjoint vulnérable. Ces mesures de protection du patrimoine visent à assurer une autonomie et une équité chez les couples qui ont pu ou voulu accumuler des biens.<sup>72</sup>

[...] Alors que le projet de vie commune prend forme progressivement et peut aller jusqu'à créer une relation d'interdépendance sur laquelle une des parties n'a que peu ou pas de prise, l'acquisition de biens comme la résidence familiale ou des régimes de rente ne peut résulter que d'un geste conscient. L'acquisition d'un droit de propriété résulte d'un processus différent de celui qui donne lieu à l'état de dépendance économique d'un conjoint [...].<sup>73</sup>

Abordant plus spécifiquement le patrimoine familial, la juge Deschamps ajoute :

[...] Ni une résidence, ni des meubles ne s'introduisent au fil du temps dans le patrimoine d'une partie sans un geste concret à cet effet. À la différence de l'interdépendance qui s'insinue parfois dans la vie conjugale sans que les parties ne puissent vraiment influencer sur cette situation, l'acquisition de biens patrimoniaux [*sic*] procède de décisions pour lesquelles l'État est justifié de respecter l'autonomie des parties [...].<sup>74</sup>

Un tel raisonnement me laisse perplexe pour deux raisons. D'une part, les mesures de protection de la résidence familiale qui empêchent le conjoint propriétaire d'en disposer unilatéralement durant l'union participent d'une protection de *premier niveau*. Le patrimoine familial et la prestation compensatoire sont

---

71. J'emploie le verbe « constituer » au passé puisque la mise au rancart de l'arrêt *Walsh* (affirmée par la juge Abella dans son analyse de l'article 15(1) – n° 338) rallie la majorité des juges (j. Deschamps et j. Karakatsanis et Cromwell qui souscrivent à ses motifs : n° 384 et j. McLachlin : n° 422). Le juge LeBel et les juges Fish et Moldaver qui partagent ses motifs se disaient quant à eux liés par l'arrêt *Walsh*, tant à l'égard du partage des biens que de l'obligation alimentaire : « Certes, l'analyse de la Cour ne portait pas sur l'obligation alimentaire, mais sur la présomption néo-écossaise de partage égal de biens familiaux. Cependant, les réflexions du juge Bastarache sur les sources des distinctions établies entre les différentes formes d'union et leurs conséquences demeurent pertinentes » : n° 226.

72. *Lola CSC*, n° 392.

73. *Ibid.*, n° 392.

74. *Ibid.*, n° 403.

également des mécanismes de base dont l'objectif est de prévenir ou de corriger des injustices<sup>75</sup>. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur se permet d'en imposer l'application aux époux, sans possibilité d'y déroger. Ce n'est pas parce que les droits en cause sont de nature patrimoniale qu'ils peuvent être relégués au rang du droit des biens (et des riches), sans autre nuance. D'autre part, si « geste conscient » il y a, il ne peut certainement pas être imputé à celui des deux conjoints qui, en raison de la nature de sa contribution à l'union, n'a pu acquérir de biens !

À mon avis, si l'on veut faire des distinctions entre les différents mécanismes applicables en droit matrimonial, la seule catégorisation qui tient la route est celle qui consiste à classer la société d'acquêts dans une catégorie distincte. La société d'acquêts est la seule institution à laquelle les époux peuvent déroger par contrat de mariage<sup>76</sup>. Tous les autres mécanismes constituent des effets du mariage qui s'imposent à eux de manière impérative et pour cause<sup>77</sup>. Dans l'état actuel du droit québécois, on y voit le socle commun à tout mariage, la protection minimale à laquelle les conjoints doivent pouvoir prétendre. Considérant la logique non contractuelle sur laquelle ces mécanismes reposent, on pourrait prétendre qu'ils doivent s'appliquer non seulement aux couples mariés, mais également aux couples unis de fait, la dynamique relationnelle des uns et des autres étant comparable<sup>78</sup>. Quant au régime matrimonial, il constitue effectivement de

75. Alain ROY, « Le contrat de mariage en droit québécois : Un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. Mc Gill* 665.

76. Art. 432 C.c.Q.

77. Art. 391 C.c.Q.

78. Cette manière d'appréhender l'organisation juridique des relations conjugales est connue sous le nom de « fonctionnalisme » : « it focuses on the functions that family units perform. The family law functionalist sees family units as providing emotional and material support to their members. This approach contrasts with formalism, which assigns rights and duties on the sole basis of formal family status, such as marriage or legal parentage » : Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *The Modern Law Review* 48, 54. Notons que des études tendent à démontrer l'existence de certaines différences qui opposeraient l'union de fait au mariage (voir d'ailleurs Dana HAMPLOVA, Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Is the Cohabitation-Marriage Gap in Money Pooling Universal ? », Communication en préparation pour la séance *Economics of the Family*, XXVII<sup>e</sup> Congrès international de la population, Busan, Corée du Sud, août 2013). Cela dit, l'union de fait n'est vraisemblablement pas un phénomène homogène. Dans l'affaire *Lola*, cette hétérogénéité n'a toutefois pas été perçue comme un obstacle fatal à la recevabilité de la plainte de discrimination. La juge Abella écrit ainsi : « Même s'il existe un éventail de besoins ou de situations de vulnérabilité à l'intérieur du groupe des conjoints de fait, comme cela est d'ailleurs inévitable, notre Cour a conclu que l'hétérogénéité d'un groupe de demandeurs n'est pas fatale à une plainte de discrimination » : n<sup>o</sup> 354. En revanche, dans l'arrêt *Walsh*, les juges majoritaires s'étaient butés à cette hétérogénéité : n<sup>os</sup> 39-40. Quoi qu'il en soit, comme j'aurai l'occasion de le préciser ci-après (2.2), le mariage non plus n'a rien d'homogène, notamment parce qu'il peut fort bien unir des conjoints qui limiteront leur relation aux seuls aspects relationnels.

l'« extra », pour reprendre l'expression ci-dessus employée<sup>79</sup>. En raison de son caractère contractuel, il pourrait être abordé sous un angle différent des autres institutions, notamment sur le plan de l'atteinte minimale.

Dans le cadre de son analyse de l'article 15(1), le juge LeBel s'est aussi interrogé sur la pertinence d'établir des distinctions en fonction des différents mécanismes prévus au Code civil en matière familiale<sup>80</sup>. Il s'est toutefois abstenu de le faire, voyant dans ces mécanismes autant de conséquences découlant du choix à la base même du mariage. Que ces mécanismes soient impératifs ou supplétifs, avance-t-il, leur application trouve tout de même sa source dans le consentement exprimé par les époux<sup>81</sup>. Ceux-ci y adhèrent donc dans leur globalité, tandis que les conjoints de fait sont quant à eux présumés vouloir s'en soustraire, dans leur globalité également :

Cette distinction occulte le caractère d'« association économique » que le législateur québécois impose au mariage et à l'union civile. Elle néglige également le fait que cette association s'organise autour d'un régime primaire impératif de nature à la fois patrimoniale et extrapatrimoniale, et que ce régime institue l'obligation alimentaire à titre d'effet du mariage et de l'union civile. À ce titre, l'obligation alimentaire demeure liée aux autres effets du mariage et de l'union civile, comme l'obligation au partage des charges du ménage, le sort de la résidence familiale et la création d'un patrimoine familial. Elle constitue une partie intégrale et indissociable de l'ensemble des mesures qui forment le régime primaire québécois.<sup>82</sup>

[...] La question principale soulevée par ces pourvois n'est pas de rechercher si l'exclusion des conjoints de fait de l'*obligation alimentaire* est discriminatoire, mais plutôt de déterminer si leur exclusion de l'ensemble de l'*encadrement légal* imposé aux époux et aux conjoints unis civilement est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la Charte. Pour les motifs qui suivent, j'estime qu'elle ne l'est pas.<sup>83</sup>

Hormis les distinctions qu'elle propose entre obligation alimentaire et autres mécanismes, la juge Deschamps y va de sous-distinctions en fonction du type d'obligation alimentaire susceptible de lier les conjoints<sup>84</sup>. Se réclamant de l'arrêt *Bracklow*<sup>85</sup>, la juge rappelle les trois différents fondements sur lesquels

---

79. Du moins depuis l'introduction du patrimoine familial en 1989. En effet, au moment de son entrée en vigueur, le régime de la société d'acquêts représentait le seul mécanisme de répartition des valeurs économiques. Son objectif était d'ailleurs de prévenir les injustices que les femmes mariées en séparation de biens avaient pu subir après avoir fui l'ancien régime de la communauté de biens.

80. La juge McLachlin semble partager l'analyse du juge LeBel : n° 446.

81. Par opposition au « fonctionnalisme », cette approche peut être qualifiée de « formaliste ». Voir Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *The Modern Law Review* 48, 54.

82. Lola CSC, n° 229.

83. *Ibid.*, n° 235.

84. *Ibid.*, nos 386 et s.

85. *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.

l'obligation alimentaire entre conjoints divorcés<sup>86</sup> peut reposer, soit un fondement compensatoire, un fondement contractuel et un fondement non compensatoire<sup>87</sup>.

L'obligation alimentaire compensatoire s'applique lorsque l'état de dépendance du créancier alimentaire trouve sa source dans le mariage. Pensons à l'épouse qui se serait retirée du marché du travail pour prendre soin des enfants du couple. Le désavantage économique qu'elle subira pourra être associé à la vie commune<sup>88</sup>. L'obligation alimentaire de type contractuel, comme son nom l'indique, réfère à la pension établie par les conjoints dans une entente de rupture que le tribunal pourra homologuer, s'il l'estime juste et raisonnable. Quant à l'obligation alimentaire non compensatoire, elle trouvera application lorsqu'il s'agira de pallier les besoins d'un conjoint indigent pour cause de maladie ou pour toute autre raison qu'on ne saurait imputer directement ou indirectement au mariage. Ainsi, le conjoint qui tombe malade durant le mariage, dont les besoins sont alors pris en charge par l'autre, pourra obtenir une pension alimentaire non compensatoire au jour de la rupture, de manière à ce que la relation d'interdépendance économique sur laquelle il pouvait jusqu'alors compter se poursuive.

C'est l'exclusion des conjoints de fait de ce dernier type de pension alimentaire<sup>89</sup> seulement que la juge Deschamps considère injustifiée au sens de l'article premier de la Charte<sup>90</sup>. En revanche, affirme-t-elle, le législateur du Québec peut légitimement priver un conjoint de fait du droit à une pension alimentaire de type compensatoire<sup>91</sup>.

86. *Loi sur le divorce*, (L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.)), art. 15.2 (ci-après « *Loi sur le divorce* »).

87. Sur ces fondements, voir Alain ROY et Johanne CLOUET, *Étude des tendances jurisprudentielles et législatives en matière de pensions alimentaires*, Rapport de recherche, ministère du Revenu du Québec, 2011, p. 15-18, à <[http://www.ucs.inrs.ca/sites/default/files/centre\\_ucs/pdf/Roy\\_A\\_et\\_J\\_Clouet\\_2011.pdf](http://www.ucs.inrs.ca/sites/default/files/centre_ucs/pdf/Roy_A_et_J_Clouet_2011.pdf)> (date de consultation : 22 février 2013).

88. C'est précisément de ce fondement compensatoire dont il était question dans le célèbre arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3. R.C.S. 813, commenté dans Alain ROY, « Des contrats de mariage innovateurs », (1995) 98 *R. du N.* 64.

89. Lola CSC, nos 387-388 et 396-399. Et la juge de préciser que l'obligation alimentaire entre époux prévue à l'article 585 C.c.Q. repose sur un fondement non compensatoire : n° 390. Sur la possibilité d'aborder l'obligation alimentaire entre époux prévue au Code civil en fonction des fondements de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints dégagés par la jurisprudence sur la base de la *Loi sur le divorce*, voir Alain ROY et Johanne CLOUET, *loc. cit.*, note 87, p. 46.

90. Alors que la juge Abella discute des avantages d'un système d'*opting out* qui, à ses dires, serait moins attentatoire que l'actuel système d'*opting in*, la juge Deschamps avance quant à elle l'idée d'un régime qui obligerait les conjoints de fait à régler leur séparation de façon équitable, à défaut de quoi le tribunal pourrait y pourvoir : n° 399.

91. Nul besoin pour la juge de traiter de la pension alimentaire dont le fondement est contractuel, les conjoints de fait ayant évidemment la possibilité d'établir par convention (à suivre...)

En fait, la juge Deschamps cherche visiblement à limiter le droit alimentaire des conjoints de fait au strict minimum, sans toutefois s'interroger sur la légitimité du fondement sollicité. D'une certaine manière, elle présume que besoins minimaux et légitimité de la prise en charge alimentaire vont de pairs. Avec égards, cette association m'apparaît contestable. Il peut être légitime pour un conjoint de fait d'obtenir le partage des biens auquel il a contribué par son apport, même si ce partage lui procure des valeurs qui vont au-delà du strict minimum. Au contraire, il peut être illégitime pour lui d'obtenir une pension pour des besoins minimaux ou fondamentaux qui n'ont rien à voir avec l'union, mais avec son état de santé. En somme, dans la perspective de la juge Deschamps, il est de la responsabilité du conjoint débiteur de se substituer à l'aide sociale :

La décision de l'État québécois de prendre en charge les personnes démunies en leur fournissant des prestations d'aide sociale ne constitue pas une mesure propre à compenser l'exclusion des conjoints de fait de la protection de la pension alimentaire. Cette assistance minimaliste n'est pas une réponse adéquate. L'aide sociale se veut une mesure de dernier recours et ne constitue pas un substitut raisonnable au soutien alimentaire que peut payer le conjoint qui en a les moyens.<sup>92</sup>

Peu importe les critiques que l'on peut faire à propos des distinctions et sous-distinctions élaborées par la juge Deschamps, celles-ci n'ont pas d'impact véritable puisque seules deux de ses collègues y ont adhéré. Bien que révélatrices d'une certaine conception du droit familial, elles n'influent aucunement sur le jugement de la Cour.

#### 1.3.2.3.3 La juge en chef McLachlin

Tel n'est pas le cas de la décision de la juge McLachlin dont la conclusion s'avère tout à fait déterminante. Pour la juge en chef, le critère de l'atteinte minimale est rencontré.

À l'instar de la juge Abella, la juge McLachlin reconnaît l'existence de moyens moins attentatoires au droit à l'égalité des conjoints de fait que leur exclusion intégrale du champ d'application des dispositions du Code civil en matière familiale. Elle souligne ainsi les mérites du système d'*opting out* proposé par sa collègue. Cependant, conclut-elle, « [...] et c'est là un élément important, de telles solutions serviraient moins efficacement les objectifs que vise le régime québécois, soit de favoriser au plus haut point le libre choix et l'autonomie des couples de la province »<sup>93</sup>. Si l'on admet que la liberté de choix est un objectif

---

(...suite)

le droit de se réclamer mutuellement une pension alimentaire et d'en énoncer les conditions et les modalités.

92. Lola CSC, n° 397.

93. *Ibid.*, n° 442.

important, alors, poursuit-elle, il faut reconnaître que le droit québécois met en place un système qui en maximise la portée : « [...] La zone exempte de l'intervention de l'État créée par le modèle québécois est donc plus étendue qu'elle ne le serait dans le contexte d'un régime d'application par défaut [*opting out*] »<sup>94</sup>.

La juge en chef conclut sur le critère de l'atteinte minimale en y allant d'observations fort intéressantes sur le fédéralisme canadien. Dans un système fédéral, dit-elle, il importe d'accorder une certaine marge d'autonomie aux législateurs provinciaux dans leur sphère de compétence :

[...] le critère relatif à l'atteinte minimale doit respecter les valeurs du fédéralisme. L'uniformité des lois provinciales qui découlerait de l'obligation stricte d'opter pour les moyens les moins attentatoires irait à l'encontre des valeurs du fédéralisme que sont le caractère distinct, la diversité et l'expérimentation ». [...] L'application de ce volet du test ne consiste pas à désigner la province ayant adopté la démarche « préférable » à l'égard d'une question sociale pour ensuite exiger des autres provinces qu'elles lui emboîtent le pas.<sup>95</sup>

Ces remarques formulées par la juge en chef sauront sans doute satisfaire les tenants d'un fédéralisme respectueux de l'autonomie des provinces. Ils y verront la confirmation d'une approche selon laquelle l'enchâssement constitutionnel de la Charte ne doit pas uniformiser les choix provinciaux en matière de politique publique. En revanche, d'autres s'en inquiéteront sûrement, craignant de voir la Cour suprême abdiquer ainsi le rôle qui lui incombe d'assurer le respect des droits fondamentaux de tous les Canadiens, peu importe la province où ils résident.

#### 1.3.2.4 *La proportionnalité*

Le quatrième et dernier critère de l'article premier consiste à évaluer la proportionnalité entre l'objectif poursuivi par la mesure contestée et les effets qui en résultent sur le droit à l'égalité des conjoints de fait.

Techniquement, la juge Abella n'a pas à appliquer ce critère, l'ensemble des mesures contestées n'ayant pas franchi avec succès l'étape du critère précédent. Elle tient néanmoins à préciser sa pensée sur la question :

Le préjudice causé par l'exclusion de tous les conjoints de fait du bénéfice de la protection des régimes applicables en matière de soutien alimentaire en faveur du

---

94. *Ibid.*, n° 443. Au n° 445, la juge McLachlin formule la même remarque à l'égard d'un régime juridique qui permettrait au tribunal d'intervenir pour s'assurer que le règlement de la séparation est équitable (tel que suggéré par la juge Deschamps au n° 399).

95. *Ibid.*, n° 441 (je souligne).

conjoint et de biens familiaux est évidemment profond [...] L'exclusion du bénéficiaire des régimes susmentionnés a donc une incidence sur plus du tiers des couples québécois.<sup>96</sup>

Bref, la juge considère disproportionné l'objectif que représente la liberté par rapport aux lourdes conséquences susceptibles d'en résulter pour une très grande proportion de couples québécois.

Pour la juge Deschamps (et les juges Karakatsanis et Cromwell) la réponse au quatrième critère ne doit être donnée qu'en regard des mécanismes autres que l'obligation alimentaire non compensatoire : l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des mesures de protection de la résidence familiale, de la prestation compensatoire, du patrimoine familial et de la société d'acquêts satisfait-elle au critère de la proportionnalité ? Oui, affirme-t-elle, puisqu'en toute hypothèse, les conjoints de fait qui se sentiraient lésés du fait de leur exclusion pourront se prévaloir d'autres moyens pour obtenir les réparations recherchées, notamment l'action en enrichissement injustifié<sup>97</sup>.

La juge en chef McLachlin apporte la touche finale en reconnaissant la proportionnalité des mesures contestées. Ce faisant, la juge confirme la validité constitutionnelle de la politique législative du Québec en matière d'union de fait. On perçoit toutefois une certaine résignation dans ses propos, ce qui renforce la conviction selon laquelle elle aura joué, en sa qualité de juge en chef, un rôle éminemment politique dans la cause :

[...] Il est possible de prétendre, à tort ou à raison, que la situation de femmes comme A [Lola] peut mener à la conclusion que le modèle québécois n'offre qu'une autonomie formelle et une liberté illusoire. Cependant, la question que doit trancher la Cour est celle de savoir si le malheureux dilemme auquel sont confrontées les femmes comme A [Lola] est disproportionné par rapport à l'ensemble des avantages que procure le texte législatif, au point de le rendre inconstitutionnel. Compte tenu de la nécessité de laisser au législateur une certaine latitude quant aux questions sociales difficiles à trancher ainsi que de la nécessité d'être sensible à la responsabilité qui incombe à chaque province, en vertu de la Constitution, de légiférer pour sa propre population, c'est par la négative qu'il faut répondre à la question.<sup>98</sup>

On remarque ici encore le souci de la juge en chef de préserver une certaine marge de manœuvre au bénéfice des législateurs provinciaux. Certaines questions sociales sont complexes et il faut, prétend-elle, respecter le

---

96. *Ibid.*, n° 377.

97. *Ibid.*, nos 402-404. La juge prône une interprétation généreuse des règles qui encadrent l'action : « [...] si un conjoint s'est enrichi injustement aux dépens de l'autre, le recours en enrichissement injustifié –interprété comme je l'ai décrit ci-dessus de façon généreuse et conforme à la Charte – pourra corriger cette situation » : n° 402.

98. *Ibid.*, n° 449.



plus possible le pouvoir de chaque province d’y répondre en fonction de ses valeurs<sup>99</sup>. Ces propos sont-ils annonciateurs d’une approche constitutionnelle renouvelée ? Les experts en débattront. On peut toutefois imaginer l’accueil positif qu’ils recevront des gouvernements provinciaux. Surtout au Québec, société distincte qui, au contraire des autres provinces, dispose d’un Code civil porteur des valeurs sociales et juridiques qui nous caractérisent.

\* \* \*

Le jugement de la Cour suprême marque la fin de l’affaire *Lola*. Une fin qui pourrait toutefois revêtir des allures de commencement. De l’arène judiciaire dans laquelle il n’aurait jamais dû se retrouver, le débat pourrait fort bien s’amorcer dans l’arène politique<sup>100</sup>. Certes, la validité constitutionnelle de la politique législative du Québec en matière d’union de fait a été confirmée. Mais aussi valide soit-elle, cette politique n’en est pas moins perfectible<sup>101</sup>. Rien n’empêche aujourd’hui le gouvernement québécois de profiter de l’affaire *Lola* pour en revoir les bases. Tel est d’ailleurs le message du juge LeBel :

En ce sens, une fois reconnu le principe de l’autonomie de la volonté, qui par ailleurs est une des valeurs sous-tendant la garantie d’égalité prévue à l’art. 15 de la Charte, les choix qu’effectuent les individus en exerçant cette autonomie méritent d’être respectés par les tribunaux. Dans ce contexte, il appartiendra au législateur d’intervenir s’il considère que les conséquences de ces choix autonomes engendrent des difficultés sociales auxquelles il importe de remédier.<sup>102</sup>

99. Le juge LeBel partage manifestement cet avis. Commentant le droit en vigueur dans les autres provinces qui prévoit un encadrement plus ou moins étendu des rapports pécuniaires entre conjoints de fait, il écrit : « Ce type d’intervention législative a d’ailleurs eu lieu dans certaines provinces. Les législateurs provinciaux ont choisi d’encadrer les rapports privés des conjoints de fait au gré des objectifs législatifs propres à leur province. Signe du pluralisme juridique canadien, chaque province offre aujourd’hui une définition différente des effets de l’union de fait » : *Ibid.*, n° 229.
100. Je partage entièrement l’avis de la juge Carole Hallée qui, dans le jugement de première instance, écrivait « [...] s’il est loisible de débattre la question de la meilleure politique publique pour les conjoints de fait, l’arène politique demeure le forum approprié pour un tel débat. En tentant de transposer un débat de politique publique au sein d’un forum judiciaire, la requérante [Lola] fait abstraction des rôles institutionnels respectifs du pouvoir judiciaire et du pouvoir politique [...] Tous ne partagent toutefois pas le même point de vue. Certains voudraient voir les mêmes droits accordés aux conjoints de fait qu’aux gens mariés et unis civilement. D’autres ne militent qu’en faveur d’une obligation alimentaire seulement et à certaines conditions, alors que certains autres prônent la liberté de choix. Il n’appartient toutefois pas au Tribunal de légiférer » : *Lola CS*, nos 290 et 295-296.
101. Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l’union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 97, p. 100-101.
102. *Ibid.*, n° 276.

Le ministre de la Justice du Québec Bertrand St-Arnaud s'est montré réceptif à l'idée d'entamer un processus de réflexion sur les droits et obligations des conjoints de fait, voire sur l'ensemble du droit de la famille dont les bases remontent au début des années 80<sup>103</sup>. Il est possible qu'un tel régime ne reflète plus adéquatement les réalités familiales. En trois décennies, la société québécoise a beaucoup évolué. Les rapports conjugaux présentent aujourd'hui différentes configurations qui pourraient nécessiter d'importants ajustements juridiques.

C'est dans cette perspective que s'inscrit la deuxième partie de cet article. Le cas échéant, quelles formes pourraient emprunter ces ajustements ? Comment pourrait-on réaménager le droit de la famille québécois dans le respect des valeurs d'égalité et de liberté qui nous sont chères ?

## 2. LA SUITE OU LES POSSIBLES VOIES DE RÉFORME

Lorsqu'on aborde l'idée d'une possible réforme du droit de la famille, plusieurs chantiers nous viennent en tête. Certains revêtent un caractère technique, alors que d'autres relèvent d'une perspective plus fondamentale. Illustrons les premiers par les problèmes d'incohérence interne ou d'articulation qui parsèment le chapitre sur le mariage. Songeons simplement aux contorsions qu'exige l'harmonisation du patrimoine familial, une institution empruntée du droit anglo-saxon, avec la société d'acquêts dont les origines sont civilistes<sup>104</sup>. Pensons également aux opérations complexes de qualification qu'exige la société d'acquêts. Si ces opérations trouvaient à l'origine leur pleine justification, le partage des acquêts menant alors à l'indivision<sup>105</sup>, certaines d'entre elles ont perdu de leur pertinence en 1989 lorsque le législateur a permis aux époux d'en partager uniquement la valeur<sup>106</sup>.

Je n'entends pas dresser ici la liste des difficultés techniques qui compliquent le travail des praticiens du droit de la famille. Je vais plutôt m'en tenir à une réflexion d'ensemble sur les statuts conjugaux que sont le mariage, l'union civile

---

103. *Supra*, p. xxx.

104. Alain ROY, « Problématiques en matière de patrimoine familial et fonctions préventives du contrat de mariage », (1996) 1 *C.P. du N.* 159.

105. Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd. (1985), Montréal, Wilson & Lafleur, 1991 (3<sup>e</sup> tirage), p. 182, n<sup>o</sup> 248 et Jean GAGNON, « Société d'acquêts : partage brut ou partage net » ?, (1986-87) 89 *R. du N.* 336, 340. *Contra* : Danielle BURMAN, « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice – un juste sujet de s'alarmer », (1988) 22 *R.J.T.* 149, 164 et Camille CHARRON, « Récentes modifications en droit des successions », (1983) *R. du N.* 287, 318.

106. Sur la portée de cette modification, voir Pierre CIOTOLA, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989) 2 *C.P. du N.* 1, 103-104.

et l'union de fait<sup>107</sup>. À mon avis, une telle réflexion s'inscrit naturellement dans les suites de l'affaire *Lola*.

## 2.1 Revoir les statuts conjugaux

### 2.1.1 Le mariage

Lors de la réforme de 1980, le législateur a intégré au Code civil différentes dispositions impératives destinées à encadrer les rapports pécuniaires qu'entretiennent les époux<sup>108</sup>. Les règles relatives à la contribution proportionnelle aux charges du mariage, aux mesures de protection de la résidence familiale et à la prestation compensatoire ont ainsi fait leur apparition. En 1989, le législateur a ajouté à ce régime primaire la pièce maîtresse et imposante que constitue le patrimoine familial<sup>109</sup>.

On connaît tous l'objectif premier du patrimoine familial et on en reconnaît sans ambages la légitimité. L'État se devait d'intervenir pour corriger les graves injustices économiques engendrées par le divorce des femmes mariées dans les années 40, 50 et 60 sous un régime séparatiste. Privées du droit de réclamer le partage des biens accumulés par leur mari, celles-ci ne pouvaient par ailleurs compter sur leurs propres ressources, ayant assumé durant le mariage un rôle sans contrepartie économique. Des femmes à qui, par ailleurs, les tribunaux refusaient d'accorder une prestation compensatoire pour leur travail exécuté au foyer<sup>110</sup>.

Cela dit, le législateur ne s'est pas contenté d'imposer les règles relatives au patrimoine familial aux époux du passé<sup>111</sup> ; il y a assujéti l'ensemble des couples mariés, peu importe la date de leur mariage. Ce faisant, il a tout simplement *redéfini* le mariage en terme d'association économique. Le juge LeBel explique clairement cette redéfinition lorsqu'il trace l'historique du droit de la famille québécois :

---

107. Pour différentes perspectives d'encadrement juridique des relations de nature personnelle entre adultes, voir l'étude fort intéressante produite par la Commission du droit du Canada en 2001 : *Au-delà de la conjugalité. La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, Ottawa, 2001.

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

109. *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.

110. Louise LANGEVIN, « Liberté de choix et protection des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie », (2009) 54 *R.D. McGill* 697, 714.

111. Ceux-ci ont toutefois pu bénéficier d'une certaine période (du 1<sup>er</sup> juillet 1989 au 1<sup>er</sup> janvier 1991) pour signer devant notaire une convention de non-assujettissement : *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, art. 42.

Par cette réforme, les conjoints qui décident de se marier adhèrent obligatoirement à « un modèle associacionniste [...] qui emporte une volonté de partage [...] Il devient ainsi possible de conclure qu'« [e]n 1989, [le législateur] transforme le mariage en une association principalement économique en créant un patrimoine familial » [...] [80] Au Québec, le mariage devient alors non seulement une union, mais aussi [...] une « entreprise commune », une association socio-économique » [...] À partir de la réforme législative créant le patrimoine familial, toute personne qui choisit de se marier est réputée vouloir créer cette association socio-économique organisée sur la base d'un certain nombre de dispositions d'ordre public prescrivant les effets du mariage, tels la réglementation des actes posés en regard de la résidence familiale et la contribution proportionnelle aux charges du mariage.<sup>112</sup>

L'État peut-il légitimement définir le mariage en termes d'association économique ? Peut-il valablement imposer cette conception de l'union matrimoniale à tous ceux et celles qui convolent en justes noces<sup>113</sup> ? Certes, si on invoque l'affaire *Lola* et qu'on s'appuie sur les arguments du libre choix qui ont finalement triomphé devant la Cour suprême, on pourra fort bien justifier cette définition et le régime juridique impératif qui en résulte en se réclamant du facteur « consentement ». Personne n'est contraint de se marier ; ceux qui consentent au mariage consentent donc à ses effets juridiques.

Mais un postulat de la sorte ne revient-il pas à réduire le mariage à ses seules dimensions juridiques au mépris de ses autres finalités ? Le mariage, est-il utile de le rappeler, est aussi une institution sociale et religieuse<sup>114</sup>. Or, si des conjoints y aspirent pour des raisons autres que juridiques, le consentement sur lequel l'État prétend s'appuyer pour imposer le régime juridique actuel ne saurait servir de justification<sup>115</sup>.

Manifestement, le cadre juridique du mariage a été élaboré en référence au couple qui, généralement en bas âge, s'unit afin de fonder une famille. Les mécanismes que sont l'obligation alimentaire entre conjoints, la contribution pro-

112. *Lola CSC*, n° 79 (je souligne). Le juge réfère à l'article de Benoît MOORE, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) 54 *R.D. McGill* 257, 268.
113. Voir Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives sociojuridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 300-313.
114. Rappelons que les ministres du culte qui célèbrent des mariages agissent, en droit québécois, non seulement à titre d'officiers religieux, mais également à titre d'officiers civils : C.c.Q., art. 366. Il est intéressant de constater l'attachement des Québécois et Québécoises au mariage célébré par des officiers religieux. Ainsi, en 2011, les officiers religieux ont célébré 53,9 % de tous les mariages inscrits durant l'année au registre de l'état civil : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Mariages selon le type (religieux ou civil) et la catégorie du célébrant*, Québec, 1969-2011, à <[http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat\\_matrm\\_marg/513.htm](http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat_matrm_marg/513.htm)> (date de consultation : 22 février 2013).
115. Voir Hélène BELLEAU, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle – Le mythe du mariage automatique*, Québec, P.U.Q., 2011, p. 126.

portionnelle aux charges du mariage, les mesures de protection de la résidence familiale, la prestation compensatoire, le patrimoine familial, voire le régime légal de la société d'acquêts, reflètent sans aucun doute l'interdépendance économique que générera probablement un projet de ce type. Mais qu'en est-il des autres couples pour qui le statut matrimonial revêt une importance sociale ou religieuse<sup>116</sup>, mais qui ne sont pas ou ne sont plus en situation de fonder une famille ? En les soumettant à un régime juridique qui postule une interdépendance économique à laquelle leur relation ne fera jamais écho, l'État ne leur impose-t-il pas un dilemme digne d'un déni de droit ?

Un exemple concret permettra de réfléchir à la question. Prenons le cas de conjoints qui se rencontrent à 60 ans, alors qu'ils viennent tous deux de prendre leur retraite. Financièrement autonomes, ils ont tous deux des enfants adultes issus d'une première union. Fervents catholiques, ils ne peuvent sereinement envisager la cohabitation en dehors des liens du mariage. Les dispositions relatives au patrimoine familial les freinent toutefois dans leur projet commun. La raison en est simple : chacun d'eux souhaitent assurer la transmission éventuelle de ses actifs au bénéfice de ses propres enfants. Or, l'article 418 C.c.Q. pourrait bien faire échec à cette volonté commune, du moins en partie. En effet, le conjoint qui, durant le mariage, acquerra la résidence principale, un chalet ou tout autre bien à caractère familial énuméré à l'article 415 C.c.Q. en employant les économies qu'il aura accumulées durant sa vie active devra en partager la valeur totale avec l'autre en cas de divorce ou de décès, et ce, au détriment de ses enfants<sup>117</sup>. C'est là une des conséquences résultant d'une loi qui définit le mariage, dans tous les cas, en termes d'association économique.

Peut-être pourrait-on envisager certaines modulations au cadre juridique du mariage en fonction du rang du mariage ou de l'âge des conjoints, comme c'est le cas dans certains pays ? Au Portugal et au Brésil, les couples qui se marient en premières noces sont soumis au régime légal de la communauté, alors que ceux qui s'épousent en secondes noces se retrouvent plutôt en séparation de biens<sup>118</sup>. Il y a là, à mon avis, une piste de réflexion fort intéressante. D'autres pistes que je présenterai au point 2.2 apparaissent également prometteuses.

À défaut d'assouplir sa position, l'État québécois pourrait bien subir un autre affront constitutionnel. En imposant une définition aussi restrictive du

---

116. Selon des renseignements obtenus auprès de la chancellerie de l'archevêché de Montréal, le prêtre catholique qui célèbre le mariage ne pourrait valablement refuser de compléter la déclaration de mariage destinée au directeur de l'état civil (art. 118 C.c.Q.) afin de ne conférer au mariage ainsi célébré que des effets religieux, sans implications juridiques.

117. *Droit de la famille* – 3511, J.E. 2000-1675 (C.A.).

118. Ernest CAPARROS, « La nature juridique commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts », (1999-2000) 30 *R.G.D.* 1, 23.

mariage, ne porte-t-il pas atteinte à la liberté de croyance des couples pour qui le mariage est aussi une institution religieuse<sup>119</sup> ? Sans évoquer la liberté de croyance, le juge Beaugrand de la Cour d'appel a entrevu cette possibilité dans l'affaire *Lola*, du moins en ce qui concerne l'obligation alimentaire :

Si véritablement le législateur voulait offrir le choix entre s'exposer à payer des aliments et ne pas s'exposer à une telle obligation, pourquoi n'offre-t-il pas ce même choix aux personnes qui désirent avoir une cérémonie de mariage ?<sup>120</sup>

Si le législateur pouvait permettre que les conjoints de fait ne soient pas assujettis à l'obligation de fournir des aliments alors que les gens mariés le sont, les gens mariés, qui seront bientôt minoritaires, pourraient à leur tour prétendre qu'ils font l'objet d'une mesure discriminatoire.<sup>121</sup>

Bref, le mariage peut être une association économique, mais il ne l'est pas *nécessairement*. Qui plus est, l'interdépendance économique n'est pas l'apanage exclusif du mariage. Elle peut également résulter de l'union de fait, comme l'ont d'ailleurs reconnu les juges de la Cour suprême dans l'affaire *Lola*, sans pour autant contraindre le législateur québécois à y faire écho de la même manière qu'en matière matrimoniale<sup>122</sup>.

### **2.1.2 L'union de fait**

Plus de trente années se sont écoulées depuis l'adoption du choix politique dont la Cour suprême vient tout juste de confirmer la validité juridique. Ce choix est-il toujours partagé par la société québécoise ? La question mérite d'être posée. On peut d'ores et déjà anticiper les deux positions qui s'affronteront : certains préconiseront le *statu quo*, alors que d'autres, en revanche, revendiqueront l'établissement d'un encadrement juridique plus ou moins étendu de l'union de fait.

#### **2.1.2.1 Le statu quo**

Puisque la Cour suprême a confirmé la validité du droit québécois en matière familiale, il n'y a donc pas lieu d'y modifier quoi que ce soit. Voilà l'un des discours qui s'est fait entendre dans les médias par un certain nombre de conjoints et d'intervenants<sup>123</sup>. À leur avis, les conjoints de fait qui souhaitent une

---

119. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11]), art. 2(b).

120. *Lola CA*, n° 186.

121. *Ibid.*, n° 187.

122. Sur l'idée selon laquelle les unions de fait seraient hétérogènes, voir mes remarques à la note 78.

123. Par exemple, voir Lysiane GAGNON, « Tout ça pour ça ! », *La Presse*, Montréal, 26 janvier 2013.

forme d'encadrement juridique n'ont qu'à se responsabiliser en signant une convention de vie commune<sup>124</sup>. Ils pourront, selon leurs besoins, y stipuler une obligation alimentaire mutuelle, de même qu'un partage de leurs biens advenant rupture, aux conditions et suivant les modalités qui leur conviennent.

Si telle est l'option retenue par le législateur, il lui serait sûrement utile de le préciser en toutes lettres dans le Code civil, histoire d'éliminer une fois pour toute l'idée selon laquelle l'État « ignore » les conjoints de fait<sup>125</sup>. En somme, un chapitre intitulé « Du contrat d'union de fait » pourrait être ajouté au Titre deuxième du Livre 5 sur les obligations. Le contrat d'union de fait deviendrait ainsi un contrat nommé :

**Livre 5 – Des obligations**

**Titre 2 – Des contrats nommés**

**[Nouveau] chapitre XIX – Du contrat d'union de fait**

**[Nouvel] art. 2643.1.** Les conjoints de fait peuvent, par convention, faire toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public.

La convention d'union de fait devrait-elle être obligatoirement notariée ? Dans la mesure où le recours à l'acte notarié permet, dans un système de droit civil, de garantir l'expression de consentements libres et éclairés, particulièrement lorsque l'enjeu en cause ou le profil des parties fait craindre la présence d'un déséquilibre, la réponse doit être positive<sup>126</sup>. C'est d'ailleurs pour cette rai-

124. Selon le sondage réalisé par la firme *Ipsos Descarie* à la demande de la Chambre des notaires, 21 % des couples qui vivent en union libre ont signé une convention de vie commune. Voir <[www.cdnq.org/doc/fr/patrimoine/conjoint\\_fait\\_rap.ppt](http://www.cdnq.org/doc/fr/patrimoine/conjoint_fait_rap.ppt)> (date de consultation : 22 février 2013).

125. En France, l'article 515-8 C.c. énonce que « [l]e concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple », sans toutefois y attacher de conséquences juridiques.

126. Selon le sondage réalisé par la firme *Ipsos Descarie* à la demande de la Chambre des notaires, les trois quarts des couples qui ont signé une convention d'union de fait l'ont fait sous la forme notariée (voir note 124). Et 78 % de ceux qui n'ont pas signé une telle convention prétendent qu'ils consulteraient un notaire s'ils décidaient d'aller de l'avant. Voir <[www.cdnq.org/doc/fr/patrimoine/conjoint\\_fait\\_rap.ppt](http://www.cdnq.org/doc/fr/patrimoine/conjoint_fait_rap.ppt)> (date de consultation : 22 février 2013). Dans les provinces canadiennes-anglaises où l'institution notariale n'existe pas, la présence d'avocats qui auront pu conseiller les conjoints au moment de la conclusion du contrat de mariage ou du contrat d'union de fait (« mariage contract ou marital agreement ») est jugée souvent déterminante par les tribunaux appelés à en évaluer la validité. Voir Alain ROY, « Le contrat de mariage en droit québécois : Un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. Mc Gill* 665.

son que, en vertu des articles 440 et 521.8 C.c.Q., les contrats de mariage et d'union civile doivent être obligatoirement reçus par acte notarié, à peine de nullité absolue<sup>127</sup>.

Évidemment, la liberté contractuelle des conjoints de fait demeurera virtuelle si l'État ne prend pas les moyens nécessaires pour en diffuser les implications auprès de la population. Si on maintient le fondement de notre politique législative en reconduisant les principes de libre choix et d'autonomie de la volonté, on doit déployer les efforts suffisants pour en conscientiser les principaux intéressés. Le laxisme dont l'État a fait preuve depuis 1980 a d'ailleurs failli provoquer sa défaite en Cour suprême<sup>128</sup>. En effet, rappelons-le, si Lola avait pu déposer en preuve le sondage réalisé par la firme *Ipsos Descarie* à la demande de la Chambre des notaires<sup>129</sup>, le juge LeBel aurait peut-être conclu à l'existence d'un stéréotype et, incidemment, à une discrimination contraire à l'article 15(1)<sup>130</sup>.

Le maintien du *statu quo*, le cas échéant, devrait donc être accompagné de campagnes d'information « grand public ». L'information pourrait également prendre d'autres formes plus inusitées. Si les élèves de 5<sup>e</sup> secondaire pouvaient bénéficier de quelques heures de formation juridique en droit des personnes et de la famille, les choix de vie qu'ils poseraient seraient probablement plus éclairés. Les règles de base qui régissent les relations conjugales auxquelles ils seront un jour parties sont tout aussi importantes que les mathématiques, l'histoire et la géographie...

#### 2.1.2.2 L'établissement d'un encadrement juridique

Plutôt que de maintenir le *statu quo*, l'État pourrait au contraire se laisser convaincre d'encadrer les rapports pécuniaires des conjoints de fait. Dans ce cas, jusqu'où aller ? Comment assurer l'équité recherchée, sans pour autant

---

127. Mais aussi notariés soient-ils, ces contrats, de même que le contrat d'union de fait qui serait éventuellement assujettis au même formalisme, devraient être susceptibles d'annulation ou de révision judiciaire pour cause de lésion ou d'imprévision. Voir sur cette proposition les développements présentés dans Alain ROY, « Le contrat de mariage en droit québécois : Un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. McGill* 665.

128. Dans le cadre des travaux de la Sous-commission des institutions chargée d'étudier le projet du nouveau Code civil, la nécessité de mettre en place des campagnes d'information au profit des conjoints de fait avait été clairement évoquée, mais sans suite. Voir la discussion entre le ministre de la Justice Gil Rémillard et la députée Louise Harel : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, Sous-commission des institutions, 10 septembre 1991, p. CSI-296-CSI-298.

129. *Supra*, p. 274-275. Comme j'ai eu l'occasion de le préciser dans la première partie, ce sondage appuyait la prétention selon laquelle les conjoints de fait entretiennent une conception tout à fait erronée du cadre juridique (ou de l'absence de cadre juridique) qui les gouverne actuellement.

130. *Supra*, p. 275.



renier la liberté à laquelle la société québécoise semble si attachée ? La solution préconisée par la juge Abella mérite certainement d'être explorée<sup>131</sup>. En soumettant les conjoints de fait à certains droits et obligations mutuels, tout en leur permettant de s'en soustraire conventionnellement, on se rapprocherait du point d'équilibre recherché. Pour assurer le caractère libre et éclairé du consentement, le recours à l'acte notarié devrait être prescrit<sup>132</sup>.

Quels seraient ces droits et obligations applicables *de facto* ? La juge Abella ratissait large en proposant l'ensemble des droits et des obligations résultant du mariage, y compris la société d'acquêts. Est-ce trop englobant ? Devrait-on plutôt limiter le cadre juridique à l'obligation alimentaire ? Ou encore au patrimoine familial, sachant que le partage des biens est d'application automatique et, conséquemment, moins conflictuel que la pension alimentaire<sup>133</sup> ? Ici encore, une réflexion s'impose. Peut-être en viendra-t-on à la conclusion que les deux mécanismes devraient être intégrés. Quant aux droits et obligations qui seraient exclus du cadre juridique nouvellement établi, les conjoints de fait pourraient évidemment s'y soumettre volontairement par convention.

Dans la mesure où le législateur retenait cette seconde option, il lui faudrait ajouter au Code civil un nouveau chapitre intitulé « De l'union de fait ». Ce chapitre s'intégrerait non pas au Titre portant sur les contrats nommés, mais au Livre deuxième sur la famille :

## Livre 2 – La famille

### [Nouveau] Titre premier.2 – De l'union de fait

**[Nouvel] art. 521.20.** Les conjoints de fait se doivent des aliments. En cas de rupture de l'union de fait, le tribunal peut ordonner à l'un des conjoints de verser à l'autre une pension alimentaire.

Et/OU

Les conjoints de fait sont soumis aux dispositions des articles 414 et s. [patrimoine familial], compte tenu des adaptations nécessaires.

131. *Supra*, p. 280-282.

132. Voir *supra*, p. 297-298.

133. Par ailleurs, selon certaines études, le partage du patrimoine familial serait mieux perçu par les conjoints de fait que l'obligation alimentaire qui, à tort ou à raison, donne l'impression de prolonger dans le futur la dépendance d'un ex-conjoint par rapport à l'autre : Hélène BELLEAU et Pascale CORNUT – ST-PIERRE, « Domestic Interdependence in Quebec: From Legal Rules to Social Representations on Spousal Support and Property Division at Breakup », à paraître dans (2013) *Canadian Journal of Law & Society*.

Les conjoints de fait peuvent déroger aux dispositions du présent article par acte notarié en minute.

**[Nouvel] 521.21.** Les conjoints de fait peuvent, par convention notariée, faire toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public.

Évidemment, la notion de conjoint de fait employée dans ce contexte devrait être précisée, la définition supplétive énoncée à l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation*<sup>134</sup> étant sans doute trop large. Cet article définit ainsi les conjoints de fait :

[...] Sont des conjoints de fait deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple, sans égard, sauf disposition contraire, à la durée de leur vie commune. Si, en l'absence de critère légal de reconnaissance de l'union de fait, une controverse survient relativement à l'existence de la communauté de vie, celle-ci est présumée dès lors que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d'un même enfant.

Déjà, le législateur déroge à cette définition dans ses lois sociales et fiscales en exigeant une période minimale de vie commune qui se situe généralement autour de trois ans. Lorsqu'un enfant naît de l'union, certaines des lois réduisent ce délai à un an<sup>135</sup>. S'agissant d'assujettir les conjoints de fait à une obligation alimentaire mutuelle et/ou à un partage des biens familiaux, de tels délais s'avèreraient-ils adéquats ? À défaut d'enfant, ne faudrait-il pas prolonger la période minimale requise, sachant que l'interdépendance économique que ces mesures sont censées refléter ne se cristallisera réellement qu'après plusieurs années de vie commune ?

Et pourquoi ne pas profiter de l'occasion pour harmoniser le droit privé avec le droit social et fiscal ? À l'heure actuelle, l'État postule l'indépendance économique des conjoints de fait en droit privé, tout en leur appliquant une logique d'interdépendance économique en droit fiscal et social<sup>136</sup>. Un conjoint peut donc

---

134. L.R.Q., c. I-16. Rappelons que c'est cette définition que le juge Beauregard a appliquée dans la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Lola*. Celui-ci, contrairement à ses deux collègues (j. Dutil et j. Giroux), n'accordait pas au législateur un délai d'un an pour modifier le Code civil afin de le rendre conforme aux exigences de la Charte (*Lola CA*, n° 155), il ajoutait littéralement les termes « conjoints de fait » au libellé des articles 511 et 585 C.c.Q. : *Lola CA*, n° 197.

135. Le juge LeBel (*Lola CSC*) présente une liste non exhaustive de ces législations au n° 121. Sur la notion de vie commune ou maritale, voir Brigitte LEFEBVRE, « Le traitement juridique des conjoints de fait : deux poids, deux mesures ! », (2001) 1 *C.P. du N.* 223, 239 et s.

136. Brigitte LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 135, p. 227.

se voir imputer par le fisc une portion du revenu de l'autre, alors qu'il n'en aura jamais vu la couleur. Comme le suggère Dominique Barsalou dans un ouvrage à paraître, le temps n'est-il pas venu de corriger ces incohérences qui participent de la confusion ambiante au sujet du statut juridique des conjoints de fait<sup>137</sup> ? Ainsi, dans la mesure où le législateur établirait un cadre juridique assorti d'un droit d'*opting out*, il pourrait prendre acte de la volonté des conjoints de se soustraire à toute logique d'interdépendance économique, non seulement en droit privé, mais également en droit social et fiscal<sup>138</sup>.

### 2.1.3 L'union civile

Et l'union civile dans tout ça ? Que peut-on en dire ou en faire ? On peut d'abord constater son caractère anachronique, malgré son jeune âge. L'institution a été ajoutée au Code civil en 2002 pour permettre aux couples de même sexe de bénéficier d'un cadre juridique similaire au mariage, alors que le statut matrimonial était encore réservé aux couples hétérosexuels en vertu du droit fédéral<sup>139</sup>. Ne voulant répondre à la discrimination dont faisaient l'objet les couples de même sexe en en créant une autre, le législateur québécois en a toutefois élargi l'accès au bénéfice des couples hétérosexuels.

Depuis 2005, les couples de même sexe ont accès au mariage<sup>140</sup>. L'union civile a donc perdu l'essentiel de sa pertinence. Bien que, depuis cette date, les statistiques n'attestent pas d'un total désintéressé des conjoints de même sexe envers l'union civile<sup>141</sup>, on peut prévoir qu'à plus ou moins long terme, ceux qui veulent bénéficier d'un cadre juridique se tourneront vers le mariage<sup>142</sup>. Devant l'original, la copie ne fait généralement pas le poids. D'autant plus que l'union

137. Dominique BARSALOU, *Le traitement juridique de la mère au foyer. Le droit de la famille québécois à l'ère et à l'aune de l'individualisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 203-204.

138. Dominique Barsalou propose l'instauration d'une forme de « déclaration d'indépendance conjugale », ajoutant toutefois que le taux de taxation devrait refléter le coût social de cette indépendance : *ibid.*, p. 204.

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

140. *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, ch. 33.

141. En 2002, 156 unions civiles ont été célébrées entre conjoints de même sexe. Ce chiffre est passé à 274 en 2003. Depuis, le nombre d'union civile oscille entre 43 et 79 par année. Voir INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Coup d'œil sociodémographique – Mariages et unions civiles selon le sexe des conjoints, Québec – 2002-2011*, n° 18, juin 2012, p. 5, à <[http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/demograp/pdf2012/coupdœil\\_sociodemo\\_no18.pdf](http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/demograp/pdf2012/coupdœil_sociodemo_no18.pdf)> (date de consultation : 22 février 2013).

142. Depuis 2005, entre 173 et 349 mariages entre conjoints de même sexe ont été célébrés : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Mariages selon l'état matrimonial et le sexe, Québec – 1951-2011*, à <[http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat\\_matrm\\_marg/502.htm](http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat_matrm_marg/502.htm)> (date de consultation : 23 février 2013).

civile ne jouit pas de la même charge symbolique que le mariage et ne bénéficie pas de la même reconnaissance internationale, que ce soit sur le plan social ou juridique<sup>143</sup>.

Certes, le mode de dissolution de l'union civile est plus convivial et moins coûteux que le divorce. En effet, les conjoints peuvent dissoudre l'union civile par acte notarié dans la mesure où ils n'ont pas d'enfant commun et qu'ils s'entendent sur l'ensemble des conséquences de leur rupture<sup>144</sup>. Cette distinction n'est attrayante qu'en théorie : il serait fort étonnant que des conjoints décident d'opter pour l'union civile précisément dans le but d'économiser sur leur rupture, alors même que le sentiment amoureux qui les unit les amène à entretenir l'illusion qu'une telle situation ne se produira jamais.

Ces considérations m'amènent à préconiser l'abrogation pure et simple de l'union civile. Un Code civil cohérent ne peut se permettre de maintenir le doublon qu'elle représente.

## 2.2 Et si la solution se trouvait ailleurs ?

Revoir les statuts conjugaux que sont le mariage et l'union de fait semble constituer une avenue intéressante et prometteuse. C'est d'ailleurs sous cet angle que la perspective d'une réforme est souvent abordée. Mais à bien y penser, il n'est pas certain que l'opération permette véritablement d'ajuster le droit de la famille aux nouvelles réalités conjugales et familiales. Si le législateur veut réformer le droit, c'est aux fondements mêmes du droit de la famille qu'il devra s'attarder. Procéder à la révision des cadres juridiques applicables au mariage, à l'union de fait et à l'union civile sans réfléchir aux fondements du droit de la famille équivaut à rénover un bâtiment sans d'abord jeter un coup d'œil aux fondations. La stratégie pourrait finalement s'avérer malheureuse.

---

143. À l'opposé, pourrait-on dire, l'héritage culturel du mariage peut s'avérer rebutant. Pour certains, le mariage incarnera toujours l'inégalité des sexes et le conformisme social. Pour d'autres, le mariage ne pourra jamais faire fi de ses racines religieuses. Même célébré au palais de justice par un greffier, il portera à jamais les stigmates de son passé canonique. Si de tels symboles sont de nature à expliquer le rejet du cadre matrimonial, l'intérêt de maintenir en parallèle au mariage un cadre juridique reflétant clairement les valeurs conjugales contemporaines pourrait être invoqué. Lorsque l'on compare le nombre de célébrations annuelles de mariages et d'unions civiles, on constate qu'une telle perception n'est pas dominante, pour dire le moins. Ainsi, en 2011, 22 898 mariages (peu importe le type de célébrant) ont été célébrés, contre 240 unions civiles : Voir INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Coup d'œil sociodémographique – Mariages et unions civiles selon le sexe des conjoints, Québec – 2002-2011*, n° 18, juin 2012, p. 5, à <[http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/demograp/pdf2012/coupdœil\\_sociodemo\\_no18.pdf](http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/demograp/pdf2012/coupdœil_sociodemo_no18.pdf)> (date de consultation : 22 février 2013).

144. Art. 521.13 C.c.Q.

Si l'on revient aux fondements premiers, deux questions doivent être posées. La première consiste à s'interroger sur les finalités du droit de la famille, tel que l'envisage aujourd'hui le législateur québécois. La réponse se trouve aisément au Livre deuxième du Code civil<sup>145</sup>. Manifestement, le droit de la famille contemporain vise à protéger le conjoint économiquement vulnérable<sup>146</sup>. L'obligation alimentaire, les mesures de protection de la résidence familiale, la prestation compensatoire, le patrimoine familial, voire la société d'acquêts, représentent autant de mécanismes destinés à prévenir ou redresser les désavantages économiques que pourraient subir le conjoint vulnérable<sup>147</sup>.

La seconde question découle de la première : quelle est la *cause* de la vulnérabilité économique d'un conjoint ? Dans l'état actuel des choses, le législateur semble croire qu'il s'agit du mariage en soi. En effet, c'est par le mariage que les conjoints vont intégrer le droit de la famille et, partant, bénéficier des protections destinées au conjoint vulnérable. Est-ce la bonne porte d'entrée ? Peut-on faire une adéquation entre vulnérabilité et mariage ? La réponse est non. Reprenons simplement l'exemple des conjoints qui s'unissent en secondes noces à 60 ans, alors qu'ils sont tous deux financièrement autonomes. Aucune forme de vulnérabilité économique ne résultera de leur union et pour cause. Ceux-ci n'ont nullement l'intention de fonder une nouvelle famille au sens social du terme.

La vulnérabilité économique d'un conjoint ne trouverait-elle pas plutôt sa source dans l'enfant qui résultera de l'union, et ce, quelle que soit la forme juridique qu'elle revêt ? La conception et la prise en charge d'un enfant entraînent dans la très grande majorité des situations des inconvénients économiques pour l'un des conjoints, généralement la femme. En se retirant du marché du travail, ne serait-ce que provisoirement, celle-ci sera désavantagée par rapport à son conjoint. Bref, ce n'est pas tant la simple vie commune que la naissance de l'enfant qui déclenchera l'interdépendance économique des conjoints<sup>148</sup>.

145. Et, plus précisément, aux Titres 1 (Mariage), 1.1 (Union civile) et 3 (Obligation alimentaire). J'exclus bien sûr ici les règles du Titre 2 qui se rapportent à la filiation des enfants, et celles du Titre 4 qui concernent l'autorité parentale.

146. Et, dans une moindre mesure, les enfants du couple. Comme l'affirme Benoît MOORE, « [l]e fondement de la politique familialiste aujourd'hui se situe dans les effets de l'union, dans la protection des membres de la famille plutôt que du corps familial » : Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Benoît MOORE et Générosa BRAS MIRANDA (dir.), *Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 97, p. 117.

147. Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives sociojuridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 129-133.

148. À ce sujet, voir Jocelyne JARRY, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 158-164 et p. 169-171. Voir également Dominique GOUBAU, Ghislain OTIS et David ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux » » (2003) 44 *C. de D.* 3, 8 et 46.

Dans cette perspective, le législateur ne serait-il pas avisé de remplacer le *mariage* par la *naissance d'un enfant* à titre de critère de qualification au droit de la famille ? À l'époque où le mariage constituait la seule manière socialement acceptable de fonder une famille, il était certainement logique d'associer mariage et vulnérabilité. Mais cette époque est révolue. Aujourd'hui, c'est plus de 60 % des enfants qui naissent hors mariage<sup>149</sup>. Il y a donc tout lieu de croire que le législateur se trompe de cible. Un exemple mettant en cause les mesures de protection de la résidence familiale permettra de l'illustrer.

Reprenons le cas des conjoints qui s'unissent en secondes noces auquel j'ai déjà référé. Ceux-ci, répétons-le, ont 60 ans et sont tous deux financièrement autonomes. Leurs enfants respectifs ont atteint l'âge adulte. Or, si monsieur est propriétaire de la résidence familiale<sup>150</sup>, n'est-il pas abusif de lui interdire d'en disposer sans le consentement de madame ? À l'opposé, prenons deux conjoints de fait âgés de 35 ans et parents de trois enfants en bas âge. Madame n'occupe pas d'emploi rémunéré à l'extérieur du foyer en raison des responsabilités familiales qui incombent au couple. Si monsieur est propriétaire de la résidence familiale, n'est-il pas aberrant qu'il puisse en disposer sans le consentement de madame, sachant que celle-ci et les enfants pourraient en subir les conséquences ?

Cet exemple démontre bien que le mariage n'est pas le bon critère de qualification au droit de la famille. La vulnérabilité se trouve dans le deuxième scénario, mais pas dans le premier. Et pourtant, c'est le premier scénario qui tombe sous le coup des mesures de protection légales. Plutôt que d'opposer mariage et union de fait, le législateur devrait donc opposer couple avec enfant et couple sans enfant<sup>151</sup>.

---

149. INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Proportion de naissances hors mariage par région administrative, Québec – 1999-2011*, à <[http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/nainn\\_decés/naissance/5p3.htm](http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/nainn_decés/naissance/5p3.htm)> (date de consultation : 23 février 2013).

150. Selon le sondage réalisé par la firme *Ipsos Descarie* à la demande de la Chambre des notaires, 67 % des gens qui vivent en union libre sont propriétaires. Dans 33 % des cas, la résidence appartient à un seul des deux conjoints. Voir <<http://www.newswire.ca/en/story/157047/sondage-ipsos-descarie-plus-de-50-des-conjoints-de-fait-se-croient-protéges-alors-qu'ils-ne-le-sont-pas>> (date de consultation : 22 février 2013).

151. Une telle idée a été soumise dans le passé par le Réseau d'action et d'information pour les femmes (RAIF) (*Les droits économiques des conjoints : une réforme en peau de chagrin*, Québec, 1988) et par la Fédération de la famille du Québec (Lettre adressée le 16 septembre 1988 à la Commission des institutions). Un intervenant dans l'affaire *Lola*, la Fédération des Associations de familles monoparentales et recomposées du Québec (FAFMRQ), a spécifiquement invité le tribunal à tenir compte de l'impact sur les enfants de la discrimination que subirait le conjoint de fait économiquement vulnérable (*Lola CSC*, n° 50). Dans son imposant jugement de 450 paragraphes, la Cour suprême ne fait nullement écho à cette position.

### 2.2.1 *Couples avec enfant*

Peu importe qu'il soit marié ou en union de fait, le couple avec enfant devrait être soumis à l'ensemble des mécanismes actuellement prévus dans le Code civil en matière familiale : obligation alimentaire entre conjoints, mesures de protection de la résidence familiale, prestation compensatoire, patrimoine familial et, le cas échéant, société d'acquêts<sup>152</sup>. La présence d'un enfant fait présumer de la vulnérabilité économique d'un conjoint, actuelle ou future, et justifie à mon avis l'application de ces dispositions sans possibilité d'y déroger.

Évidemment, différentes questions subsidiaires se poseront. Il faudra d'abord spécifier le sens du terme enfant. De quel enfant parle-t-on précisément ? De l'enfant commun seulement ? Devrait-on aussi considérer l'enfant d'un conjoint à l'égard duquel l'autre agit *in loco parentis* ? Si tel est le cas, retiendra-t-on les critères élaborés en fonction de la *Loi sur le divorce* ou adoptera-t-on notre propre définition<sup>153</sup> ? L'application temporelle du régime sera-t-elle fonction de la naissance de l'enfant, de sa conception ou de sa prise en charge commune ? Voilà autant de questions auxquelles il faudra réfléchir afin d'affiner la proposition.

### 2.2.2 *Couples sans enfant*

À défaut d'enfant, il ne convient pas de présumer de l'existence de vulnérabilité économique. En conséquence, libre au législateur d'ajuster le contenu des cadres juridiques en fonction de la forme de l'union conjugale et de redonner au facteur « consentement » la place qu'il occupe actuellement.

Ainsi, en union de fait, les conjoints pourraient bénéficier de la liberté totale qui leur est actuellement reconnue. Ils ne seraient donc soumis à aucune forme

---

152. Pour une perspective comparable, voir Dominique GOUBAU, Ghislain OTIS et David ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux » » (2003) 44 *C. de D.* 3, 8, 36-37 et 49. Ces auteurs préconisent l'assujettissement des conjoints de fait avec enfant(s) à certains mécanismes juridiques (sans toutefois les identifier précisément) à la fois au bénéfice du conjoint économiquement vulnérable et des enfants eux-mêmes. Adoptant la perspective des théories féministes du droit, Jocelyne Jarry propose quant à elle l'assujettissement des conjoints de fait avec enfant(s) aux mesures de protection de la résidence familiale et à une obligation alimentaire mutuelle (de nature compensatoire), y voyant une manière de remédier aux difficultés économiques des mères qui, observe-t-elle, « [...] s'investissent plus que les hommes dans les soins aux enfants et aux aînés, ainsi que dans les travaux ménagers » : Jocelyne JARRY, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 162-163.

153. Sur les critères relatifs à l'application de la règle *in loco parentis* prévue aux articles 2(1) et 2(2) de la *Loi sur le divorce*, voir *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242.

d'encadrement juridique, à moins de convenir d'une convention établissant différents droits et obligations entre eux<sup>154</sup>.

Mariés, les conjoints seraient soumis au cadre juridique actuellement en vigueur : obligation alimentaire, mesures de protection de la résidence familiale, prestation compensatoire, patrimoine familial et société d'acquêts. Il faudrait cependant aménager un droit d'*opting out* pour leur permettre de s'en soustraire en tout ou en partie<sup>155</sup>. La raison en est simple : comme il en a déjà été question, le législateur ne peut donner au facteur « consentement » une portée aussi étendue qu'il ne le fait actuellement<sup>156</sup>. On doit reconnaître les multiples dimensions du mariage. Le mariage n'est pas qu'une institution juridique ; les époux, vu leur profil et leur situation, peuvent légitimement vouloir y adhérer à titre de simples compagnons de vie, sans incidence économique. On peut certes présumer qu'un consentement au mariage entraîne consentement aux effets juridiques que prévoit le Code civil, mais il faut permettre aux époux de repousser cette présomption en exprimant leur volonté commune d'y déroger.

Y aurait-il lieu de moduler la portée du régime juridique du mariage en fonction du rang du mariage ou de l'âge des conjoints ? J'ai évoqué cette idée dans la perspective du maintien du régime juridique actuel qui s'impose à tous les époux, avec ou sans enfant, sans droit de retrait<sup>157</sup>. L'intérêt d'une telle modulation est sans doute moindre dans le cadre d'un régime auquel il est possible de se soustraire en totalité. Cela dit, il est possible qu'un cadre juridique de moindre envergure pour des mariages de rang subséquent ou entre époux plus âgés s'avère à propos. Ainsi, contrairement aux mariages de premier rang ou entre époux en deçà d'un certain âge, ces unions particulières pourraient être assorties d'une simple obligation alimentaire, sans plus. Le droit d'*opting out* serait cependant maintenu pour leur permettre de s'en libérer<sup>158</sup>.

## CONCLUSION

La situation juridique des conjoints de fait est depuis fort longtemps source de confusion pour le grand public. Le droit social et fiscal leur attribue des droits et

---

154. À cet égard, la proposition décrite au point 2.1.2 A) trouverait application.

155. En raison du partage des compétences, l'*opting out* n'aurait qu'un effet mitigé quant à l'obligation alimentaire des ex-époux puisque ce n'est pas le Code civil qui l'établit, mais bien l'article 15.2 de la *Loi [fédérale] sur le divorce*. Voir *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, nos 20-21. En fait, le tribunal pourrait sans doute prendre acte de la renonciation à l'obligation alimentaire qu'impliquerait l'exercice de l'*opting out* prévu au Code civil, mais il ne serait pas lié par la volonté des parties. Par analogie, voir *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, commenté dans Alain ROY, « La Cour suprême se prononce sur le poids des conventions alimentaires de divorce », (2004) 106 *R. du N.* 137.

156. *Supra*, p. 294-296.

157. *Supra*, p. 295.

158. À cet égard, voir les remarques formulées à la note 155.



des obligations similaires à ceux qui relèvent du statut matrimonial, tandis que le Code civil les exclut du champ d'application des régimes primaire et secondaire auxquels sont soumis les époux. Si le juriste est à même de comprendre les différentes rationalités à la base des législations qui gouvernent l'union de fait, les principaux intéressés peinent quant à eux à s'y retrouver<sup>159</sup>.

S'ils relèvent le défi qu'implique la lecture du jugement rendu le 25 janvier 2013 par la Cour suprême dans l'affaire *Lola*, les conjoints de fait s'embrouilleront davantage. À 5 juges contre 4, la Cour y confirme la validité constitutionnelle de la politique législative du Québec dans son intégralité, mais par des voies différentes. En majorité, la Cour estime que les dispositions pertinentes du Code civil sont discriminatoires en regard de l'article 15(1) de la Charte, mais l'une des juges majoritaires, la juge en chef McLachlin, considère l'atteinte comme étant raisonnable et justifiée en vertu de l'article premier. Ici encore, le juriste comprendra l'apparente contradiction en relisant les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* ; quant au justiciable, il en perdra littéralement son latin.

Les propos que j'exprime dans cet article pourraient également paraître paradoxaux, voire contradictoires. Comment peut-on à la fois se réjouir du jugement de la Cour suprême et espérer du même coup une réforme globale du droit de la famille ? Comment peut-on se porter à la défense de la politique législative du Québec devant les tribunaux, tout en invitant aussitôt le gouvernement à la remettre en cause ?

Ici encore, le paradoxe s'explique et, j'ose l'espérer, se dissipera facilement et à l'égard de tous. Mon analyse des travaux législatifs des trente dernières années m'a permis de constater le véritable fondement du droit québécois et de m'enquérir de l'objectif à la base de notre politique législative en matière d'union de fait. Cette politique ne repose ni sur l'indifférence ou l'ignorance, ni sur le mépris, mais sur les principes du libre choix et de l'autonomie de la volonté des couples : les conjoints qui ne se marient pas sont réputés vouloir demeurer en marge du droit matrimonial.

---

159. Les professeurs Goubau, Otis et Robitaille expliquent ces rationalités ainsi : « [...] accepter qu'un couple non marié puisse, au même titre qu'un couple marié prétendre aux avantages d'une loi concernant, par exemple, les droits du conjoint survivant dans le cadre d'un régime public de rente, c'est en même temps reconnaître la diversité des modes de vie conjugale. Lorsqu'il s'agit des effets de la conjugalité en droit privé cette fois, la position traditionnelle du droit québécois consiste, au nom du droit à la liberté, à ne pas imposer aux conjoints de fait les droits et obligations des époux mariés » : Dominique GOUBAU, Ghislain OTIS et David ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux » » (2003) 44 *C. de D.* 3, 5-6.

La Cour suprême reconnaît cette réalité. Comment ne pas s'en réjouir ? Il aurait été socialement difficile d'accepter un jugement qui, au contraire, aurait prêté au législateur québécois une intention moins digne. Un jugement qui, d'une certaine manière, aurait ramené le Québec au rang des sociétés qui hiérarchisent les statuts conjugaux en fonction de la forme qu'ils empruntent.

Mais aussi réfléchie, noble et valide soit-elle, la décision du législateur québécois de maintenir les unions de fait en marge du droit privé n'est pas pour autant immuable. On ne saurait aujourd'hui se contenter de fermer le dossier sur le jugement de la Cour suprême, sans même se questionner sur l'évolution des réalités familiales. L'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des dispositions du Code civil en matière familiale reflète-t-elle adéquatement cette évolution ? Le choix politique arrêté au début des années 80 convient-il toujours ou, au contraire, faut-il le revoir à la lumière des changements survenus ?

Plus largement encore, la décision de la Cour suprême nous incite à revenir aux bases mêmes du droit de la famille. À quoi sert le droit de la famille ? Quelle en est la finalité ? Qui en sont les destinataires ? Le critère de qualification au droit de la famille doit-il demeurer centré sur la forme juridique que revêt le couple, soit le mariage, l'union civile, voire l'union de fait ? N'y aurait-il pas lieu de reconfigurer ce critère autour de l'enfant ?

Le Québec a su faire preuve d'audace dans le passé. La mise en place du régime de la société d'acquêts qui, en 1970, a relégué aux oubliettes les discriminations dont était assortie la communauté de biens, l'adoption du principe d'égalité des enfants en 1980 et la reconnaissance de la conjugalité homosexuelle en 2002, sont autant d'exemples qui témoignent de sa capacité d'adaptation et d'innovation. À la lumière de cette expérience, il est permis d'espérer qu'il saura relever l'imposant défi qui se présente maintenant à lui.