

# La notion de conjoint: la loi et la société avancent-elles au même pas?

Dominique Goubau\*

## Introduction

Le thème du décalage entre le droit et la vie conjugale n'est pas nouveau. Déjà en 1936, un sociologue du droit écrivait que la vie conjugale, telle qu'elle se vit dans la réalité quotidienne, ne correspond sans doute jamais exactement aux normes du droit positif<sup>1</sup>. Cette affirmation recèle probablement un double constat: premièrement, que le droit positif est généralement à la remorque des mœurs lorsqu'il s'agit des relations personnelles et deuxièmement, que l'institution de la famille échappe, en partie du moins, à l'emprise du droit positif. La famille répond, en effet, à des «régulations moins mécanistes que les hommes ont toujours su se donner en dehors de l'autorité publique»<sup>2</sup>. Dans ce domaine, plus que dans tout autre sans doute, une bonne partie des relations humaines «ne transitent pas par le droit»<sup>3</sup>. Pourtant, sans nier la part du non-droit dans la famille et

---

\* M. Dominique Goubau, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. Le sociologue allemand, E. Ehrlich, écrivait en 1936 dans son traité des principes fondamentaux de la sociologie juridique: «I doubt whether there is a country in Europe in which the relation between husband and wife, parents and children, between the family and the outside world, as it actually takes form in life, corresponds to the norms of the positive law», cité dans M.A. GLENDON, *The Transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, p. 85.
2. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1988, p. 226.
3. P. NOREAU, «Le droit de la famille: perspectives sur l'amour, la contrainte et l'engagement», dans Gouvernement du Québec, Conseil de la famille, *Recueil de réflexions sur la stabilité des couples-parents*, Québec, 1996, p. 56.

dans le couple, force est de constater que depuis deux ou trois décennies le juridique est de plus en plus présent dans les relations conjugales. La conjugalité ayant connu des transformations radicales au cours des dernières années, tant sur le plan psychologique que sociologique et démographique, il est pertinent de se demander si les normes légales reflètent adéquatement cette évolution et de s'interroger, plus fondamentalement encore, sur le rôle du droit dans la conjugalité contemporaine.

Dans les années 1970 et 1980 cette réflexion tournait essentiellement autour de la question du statut des couples non mariés et visait, plus précisément, le thème de l'opportunité de reconnaître au profit des conjoints non mariés un statut plus ou moins calqué sur celui des couples mariés. Parallèlement à cela, l'augmentation considérable des ruptures conjugales, avec les conséquences économiques que l'on sait, a poussé les gouvernements dans une logique législative protectionniste et coercitive. Dans le courant des années 1990, se dessine un mouvement de plus en plus évident de rapprochement entre le statut des conjoints mariés et celui des conjoints de fait, en même temps que d'une reconnaissance plus effective des couples de même sexe. Ce double mouvement, dominé par le discours des droits fondamentaux et par la chasse à toute forme de discrimination, culmine avec la création de l'union civile et avec les récents débats sur l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Paradoxalement, à une époque où l'on revendique la reconnaissance de tous les modes de conjugalité, la pertinence même du concept juridique de conjugalité est remise en question dans certains secteurs du droit. Sans prétendre faire le tour complet de la vaste question du statut de la conjugalité en droit, le présent texte propose de souligner quelques aspects importants de cette problématique, tant dans le droit civil (Partie I), que dans le droit social (Partie II).

### **Partie I- La conjugalité en droit civil<sup>4</sup>**

Traditionnellement, le droit civil québécois ne s'intéresse à la conjugalité qu'à travers le prisme du mariage. Malgré les demandes récurrentes de certains organismes et intervenants en faveur de la création d'un statut des conjoints de fait en droit civil<sup>5</sup>, le législateur

---

4. Cette partie s'inspire directement de notre étude publiée dans les Cahiers de droit: D. GOUBAU, G. OTIS et D. ROBITAILLE, «La spécificité patrimoniale de l'union de fait: le libre choix et ses dommages collatéraux», (2003) *C. de D.* 3-51.

5. Rappelons, par exemple, que dans les années 1970, l'Office de révision du Code civil avait proposé d'introduire en droit civil, *inter alia*, le principe du secours mutuel, de l'obligation alimentaire et de la vocation successorale entre concubins

québécois est demeuré fidèle à sa position de non-intervention à l'égard des conjoints de fait, au nom du respect de la liberté des individus de vivre leur conjugalité comme ils l'entendent<sup>6</sup>. La récente législation sur l'union civile est révélatrice de cette approche qui est fondée sur le principe du respect du libre choix, dans la mesure où cette nouvelle institution permet aux couples, hétérosexuels comme homosexuels, de se soumettre librement à un cadre normatif prédéterminé. En ce qui concerne les conjoints de fait, il est vrai que depuis quelques années le Code civil les reconnaît à certains égards, mais il ne le fait que lorsqu'il s'agit des relations qu'ont ces conjoints avec des tiers (par exemple en matière de consentement aux soins ou de relations entre locateurs et locataires). Par contre, lorsqu'il s'agit des relations mutuelles entre conjoints de fait, bref lorsqu'il s'agit des relations conjugales proprement dites, le droit civil a jusqu'à ce jour refusé de soumettre leur union à un cadre normatif contraignant comme il le fait de plus en plus pour les époux mariés et, plus récemment, pour les conjoints unis civilement. Il est clair qu'aujourd'hui cette abstention législative n'empêche plus les conjoints de fait de se doter de mesures de protection par la voie contractuelle. Ainsi, la jurisprudence accepte désormais que des conjoints de fait puissent valablement s'assujettir à une obligation alimentaire ou se soumettre volontairement aux règles de partage du patrimoine familial<sup>7</sup>. De même, il est incontestable qu'en cas de séparation, les conjoints de fait disposent de la possibilité d'utiliser les recours de droit commun, notamment la demande de compensation pour enrichissement injustifié qui est, aujourd'hui, aux conjoints de fait ce que la prestation compensatoire est aux époux mariés<sup>8</sup>. Par ailleurs, il convient de rappeler que depuis 1980, le droit reconnaît pleinement la dimension *parentale* de l'union de fait. En affirmant le principe de l'égalité juridique de tous les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance<sup>9</sup>, le Code civil admet en quelque sorte que le mariage n'est plus le cadre obligé de la vie familiale.

(O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, Montréal, 1977, p. 119 et 135). Autre exemple: à l'occasion des travaux en commission parlementaire dans le cadre de l'adoption de la législation sur le partage du patrimoine familial, en 1989, certains avaient mis de l'avant l'idée d'étendre les effets du patrimoine familial à la famille hors mariage.

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

7. S.C. c. P.G., [2001] R.J.Q. 2047, [2001] R.D.F. (C.A.).

8. *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Dion c. Kopersiewich (Succession de)*, [2002] R.R.A. 991 (C.S.); *Droit de la famille - 2235*, [1995] R.D.F. 494 (C.S.); *Droit de la famille - 2648*, [1997] R.D.F. 246 (C.S.); *Meunier c. Thibault*, [2002] R.D.F. 260 (C.S.); *G.A c. V.B.*, [2001] R.D.F. 786 (C.S.); *Barette c. Imbault*, [2000] R.D.F. 813 (C.Q.); *Péladeau c. Savard*, [2000] R.D.F. 692 (C.S.).

9. Art. 522 C.c.Q.

Dans le contexte d'une diminution importante du nombre de mariages et d'une montée en flèche du nombre de couples vivant en dehors du mariage ou de l'union civile (rappelons qu'avec 30 % des couples vivant en union de fait, le Québec est de loin la province canadienne ayant le plus haut taux de conjugalité hors mariage), une des questions de l'heure en droit familial est celle de l'opportunité d'étendre aux conjoints de fait certains effets obligatoires du mariage, particulièrement en ce qui concerne les mesures dites «protectionnelles» comme celles relatives à la résidence familiale, à l'obligation alimentaire ou même au partage de biens à caractère familial. Toutes les provinces canadiennes, à l'exception notoire du Québec, prévoient d'ailleurs une obligation alimentaire entre conjoints de fait et reconnaissent ainsi que les attentes et le degré d'interdépendance financière des conjoints de fait ne sont pas différents de ceux des conjoints mariés dès lors que la relation conjugale a duré un certain temps ou que des enfants sont issus de celle-ci. Certaines provinces vont même jusqu'à imposer aux conjoints de fait les règles de partage qui sont traditionnellement réservées aux époux mariés<sup>10</sup>. Dans la foulée d'un important mouvement jurisprudentiel émanant des autres provinces canadiennes et prenant lourdement appui sur certains arrêts récents de la Cour suprême, la question du statut civil des conjoints de fait n'est plus formulée exclusivement en termes d'opportunité sociale mais aussi, et peut-être davantage, en termes de conformité avec le droit constitutionnel à l'égalité des individus sans égard à leur état matrimonial<sup>11</sup>. La Cour suprême ayant énoncé que l'état matrimonial constitue un motif analogue de discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte, ce constat fut rapidement transposé au domaine du droit conjugal privé, plusieurs tribunaux dans les provinces anglophones ayant résolument trouvé dans les arrêts *Miron c. Trudel* et *M. c. H.*, la caution juridique pour entamer le processus d'élimination des principales différences entre conjoints mariés et conjoints de fait en droit patrimonial de la famille<sup>12</sup>, que ce soit au

10. *Miscellaneous Statutes (Domestic Relations) Amendment Act*, 2001, S.S. 2001, c. 50 et c. 51 (Saskatchewan).

11. La «constitutionnalisation» du débat social à propos de l'extension des droits et obligations du mariage à l'union de fait a pris un tournant décisif avec l'affaire *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

12. B. COSSMAN et B. RYDER, «*M. v. H.*: Time to Clean Up Your Acts», (1999) 3 *Forum constitutionnel* 59, 63: «[...] the combination of the Court's ruling in *M. v. H.* and *Miron v. Trudel* means that the constitutionality of any distinctive legal status for married spouses must be demonstrated by governments. [...] If *Miron* leans strongly towards merging the legal status of married and common law couples, and *M. v. H.* does the same for common law couples and same-sex couples, then the end result is momentum towards conferring the entire package of marital rights and responsibilities on same-sex couples.»

chapitre de l'obligation alimentaire<sup>13</sup>, du droit successoral<sup>14</sup> et, ultime étape, au chapitre du partage des biens familiaux<sup>15</sup>. La question de savoir si ce mouvement d'uniformisation du statut patrimonial des conjoints correspond effectivement à une exigence égalitaire d'ordre constitutionnel a été posée à la Cour suprême dans l'affaire *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*<sup>16</sup>. Allant à contre-courant d'une solide doctrine dans les provinces anglophones, la plus haute juridiction a répondu par la négative, estimant au contraire que la différenciation patrimoniale de l'union de fait traduit le respect de la liberté personnelle comme valeur fondamentale sous-jacente à la Charte canadienne. Appliquant les principes de l'arrêt *Law*<sup>17</sup> en matière de discrimination, la Cour confirme la validité constitutionnelle de la *Matrimonial Property Act* (MPA) de la Nouvelle-Écosse qui exclut les conjoints de fait de son champ d'application.

Au-delà de la question technique (c.-à-d. celle de la validité de l'article 2g) de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse) cette décision soulève bel et bien le débat à propos de l'opportunité sociale d'étendre ou non les règles du droit patrimonial de la famille aux couples qui ont fait le choix de ne pas inscrire leur projet conjugal dans le cadre normatif formel d'une institution légale (que ce soit le mariage, l'union civile ou une quelconque forme d'enregistrement public). Et plus largement encore, il s'agit du débat concernant le difficile équilibre entre, d'une part, la liberté de choix, l'autonomie de la volonté et, d'autre part, la solidarité et la protection du conjoint en situation de précarité financière et matérielle. Il s'agit d'un débat bien connu puisqu'il était déjà au cœur des discussions lors de la création de la prestation compensatoire (1980) et du patrimoine familial (1989). La Cour suprême opte résolument pour le respect de la liberté de choix. Mais dans le débat sur l'équilibre entre le principe de l'autonomie de la volonté et celui de la protection, l'approche de la Cour suprême semble tout de même proposer le triomphe un peu excessif du libre choix et ne pas tenir compte suffisamment du contexte social qui en est un de précarité économique des familles monoparentales. Dans un premier temps, on peut sans doute affirmer qu'aujourd'hui, même si certaines provinces font le choix législatif d'assimiler les conjoints de fait et les époux mariés au chapitre du partage des biens familiaux, les législations provinciales qui conti-

13. *Taylor c. Rossu*, (1998) 161 D.L.R. (4th) 266 (Alta. C.A.).

14. *Grigg c. Berg Estate*, (2000) 186 D.L.R. (4th) 160 (B.C.S.C.); *Armbrust c. Ferguson*, [2001] S.J. Quicklaw n° 703 (C.A. Sask.).

15. *Watch c. Watch*, (2000) 182 Sask. R. 237 (Sask. Q.B.).

16. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83.

17. *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

nuent à faire le choix de distinguer les conjoints mariés des conjoints de fait pour la question du partage, comme c'est le cas au Québec, sont pour un temps à l'abri d'une contestation constitutionnelle.

Certains commentateurs, qui avaient prédit (ou à tout le moins espéré) une décision totalement différente, estiment que l'arrêt *Walsh* représente un virage jurisprudentiel à 180° lorsqu'on fait la comparaison avec la position antérieure de la Cour, notamment dans les arrêts *Miron* et *M. c. H.* Il est vrai que l'argument de la similitude entre les couples mariés et non mariés est au cœur de l'arrêt *Miron* et de la jurisprudence des tribunaux inférieurs subséquente qui ont dès lors donné la priorité à l'objectif de protection des conjoints les plus démunis quel que soit leur statut matrimonial. Il est vrai aussi que l'arrêt *Walsh* vient faire échec à cette thèse de façon retentissante en préférant l'argument du libre choix à celui de la similitude fonctionnelle, comme cela ressort clairement de cet extrait de l'opinion du juge Bastarache:

[...] l'aspect le plus important de la question n'est pas de savoir si M<sup>me</sup> Walsh et M. Bona se trouvaient, au moment du procès, dans une situation semblable à celle des personnes mariées, mais plutôt de se demander si les personnes qui décident de former une union conjugale sans se marier s'engagent dans cette union aux mêmes conditions que les personnes qui se marient. D'une part, nous sommes en présence de personnes qui choisissent de se marier et manifestent ainsi leur intention d'assumer les responsabilités et d'acquérir les droits légaux que la MPA attribue aux personnes ayant ce statut. Nous sommes d'autre part en présence de personnes dont on ne peut présumer qu'elles ont accepté toutes les obligations découlant du mariage.

Il est exact aussi de dire qu'avec l'arrêt *Walsh* la Cour suprême prend nettement distance de sa position antérieure sur la question du caractère libre ou non de la décision de se marier ou de ne pas se marier. Dans *Miron*, par exemple, elle avait affirmé sans équivoque que l'union de fait ne procède souvent pas d'un choix libre mais plutôt de contraintes sociales, religieuses ou financières. On a vu, par la suite, l'effet extraordinaire qu'a eu cette affirmation sur la jurisprudence de nombreux tribunaux à travers le pays. Or voici que dans *Walsh* les juges majoritaires viennent au contraire souligner l'importance de respecter précisément cette liberté, allant jusqu'à en faire la pierre angulaire de leur raisonnement.

Malgré cela, il est possible de soutenir que, sur le fond, la position de la Cour dans l'arrêt *Walsh* n'est pas contradictoire avec sa jurisprudence antérieure concernant le statut des conjoints de fait.

En réalité la Cour opère une distinction fondamentale dans le statut des conjoints de fait lorsqu'il s'agit, d'une part, de leurs rapports avec les tiers (notamment avec l'État) et d'autre part, lorsqu'il s'agit de leurs rapports mutuels. Accepter qu'un couple non marié puisse, par exemple, bénéficier, au même titre que les gens mariés, des avantages d'un régime de rente publique ou qu'il puisse subir les mêmes inconvénients sur le plan fiscal, c'est en réalité reconnaître que les choix privés des individus n'ont rien à voir avec leur statut dans la cité. Ouvrir en droit social et public le statut de conjoints à tous les couples, quelle que soit la forme juridique de leur union, constitue donc une authentique façon de reconnaître la diversité réelle de la conjugalité dans la société contemporaine. Avec *Walsh* la Cour indique que le choix des personnes touchant à leurs relations privées doit être respecté. On reconnaît ainsi que la notion de dignité implique que les conjoints de fait soient assimilés aux conjoints mariés en droit public et social mais que lorsqu'il s'agit des relations privées, leur différence doit être reconnue, en ce sens que les obligations du mariage ne devraient pas leur être imposées au nom du droit constitutionnel à l'égalité.

Par contre, l'arrêt *Walsh* représente un véritable revirement dans la façon dont les juges majoritaires traitent des recours de droit commun (particulièrement du contrat ainsi que de la fiducie par interprétation ou de la théorie de l'enrichissement sans cause) dont disposent les conjoints de fait en droit actuel. On sait que les contrats de vie commune offrent désormais des possibilités de protection évidentes pour les conjoints de fait. On sait aussi que depuis des arrêts comme *Peter c. Beblow*<sup>18</sup>, les recours de droit commun constituent, en principe, des outils intéressants pour le conjoint de fait qui se retrouverait démuné au moment de la rupture du couple. Jusqu'à présent, la Cour suprême avait pourtant souligné le caractère plutôt aléatoire et coûteux des recours de droit commun, considérant ceux-ci comme des mécanismes de protection de second ordre qui ne font pas le poids par rapport aux protections automatiques du mariage. Dans *Walsh*, les juges majoritaires soulignent pourtant le caractère adéquat des mesures de droit commun, allant jusqu'à dire que «la meilleure façon de remédier aux situations où une interdépendance économique s'est établie au fil du temps dans le couple est de recourir à une réparation comme la fiducie par interprétation, qui est adaptée à la situation et aux revendications particulières des parties». La Cour rétablit ainsi la validité de l'argument qui consiste à dire que les conjoints de fait jouissent déjà de la protection des mécanismes de droit commun et

---

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

que par conséquent leur exclusion du bénéfice des effets patrimoniaux automatiques du mariage ne constitue pas une atteinte à leur dignité<sup>19</sup>.

L'apologie que font les juges majoritaires du principe du libre choix s'explique en partie par l'existence des recours de droit commun, dont l'obligation alimentaire, qui agissent en toile de fond comme contrepoids, comme mécanismes de protection qui permettent de pallier l'absence de socle normatif obligatoire en faveur des conjoints de fait. Les juges majoritaires s'appuient en bonne partie sur l'existence du recours alimentaire pour justifier leur décision de nier aux conjoints de fait le bénéfice de la loi en matière de partage des biens dits «familiaux». Il semble donc que la validité – ou du moins l'opportunité – de l'abstention du législateur québécois en la matière, devrait être sérieusement remise en question. À cet égard, on peut avancer que le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Walsh* ne devrait pas s'appliquer en cas de contestation éventuelle de la constitutionnalité des dispositions québécoises en matière d'obligation alimentaire, puisque contrairement aux règles en matière de partage automatique des biens familiaux, le droit aux aliments dépend par définition de la situation particulière des parties et ne peut s'appliquer de façon automatique. Étendre l'obligation alimentaire aux conjoints de fait ne signifie donc pas que l'on imposerait automatiquement cette mesure de protection à tous les conjoints de fait. N'en bénéficieraient que ceux (surtout celles) qui en ont besoin. À l'heure où les statistiques démographiques démontrent que le Québec est le champion incontestable de l'union libre, le temps est sans doute venu de refaire ce débat et de se demander si l'obligation alimentaire ne devrait pas être étendue aux conjoints de fait lorsque la vie commune est d'une certaine durée.

Ce qui frappe également, à la lecture de l'arrêt *Walsh*, c'est que la majorité de la Cour suprême fait l'impasse sur le sort des enfants et qu'elle ne s'est pas posé la question de savoir si la loi pouvait être discriminatoire à l'égard des conjoints de fait ayant charge d'enfants. Ce faisant, la Cour a raté l'occasion d'établir un juste équilibre entre la valorisation de l'autonomie des individus et la protection des personnes vulnérables, c'est-à-dire les enfants. L'arrêt *Walsh* laisse donc intact le débat sur l'opportunité sociale d'arrimer, du moins en partie, le statut des conjoints de fait à celui des conjoints mariés. Il est sans

---

19. *Walsh*: «lorsqu'il existe de multiples bénéfices et protections adaptés à la situation et aux besoins particuliers de chacun, il n'y a pas atteinte à la dignité humaine essentielle des personnes qui ne sont pas mariées» (par. 61).



doute permis d'affirmer, à la lumière des débats publics des vingt dernières années et de l'évolution du portrait sociologique de la conjugalité au Québec pendant cette période, que l'objectif traditionnel du droit patrimonial de la famille (c.-à-d. la régulation de la conjugalité dans son ensemble) a changé et qu'il consiste désormais à fournir un cadre protectionnel aux seuls couples qui en ont fait le choix. Il faut en effet prendre acte, au Québec, de l'expression continue de l'attachement collectif au principe du libre choix en matière de relations conjugales.

Mais cette orientation ne devrait pas pour autant faire oublier l'ampleur du dénuement dans lequel une séparation peut jeter les enfants et les parents gardiens. Dans la mesure où les mères continuent à assumer la garde exclusive des enfants dans près de 80 % des ruptures conjugales et qu'un grand nombre d'entre elles se retrouvent effectivement en situation de précarité financière, la possibilité qu'elles ont ou non d'améliorer leur sort grâce aux règles protectionnelles du droit patrimonial de la famille, a un impact considérable sur la situation des enfants. Or les statistiques démographiques les plus récentes démontrent que la majorité des enfants québécois naissent désormais hors mariage. De plus, les études mettent clairement en lumière le fait que la charge d'enfants constitue un facteur déterminant de précarité financière et qu'il y a un lien incontestable entre la maternité et la pauvreté chez les femmes. Il y a là des arguments non négligeables en faveur, bien entendu, d'un recentrage des priorités budgétaires en matière de politiques familiales, mais aussi d'une réforme du droit patrimonial de la famille qui devrait être plus sensible aux besoins des parents gardiens et des enfants, sans égard au statut matrimonial.

Un certain nombre de protections pourraient ainsi être rattachées à la présence d'enfants plutôt qu'au statut matrimonial. On peut songer en particulier au partage de certains biens à caractère familial, comme c'est le cas pour la protection de la résidence familiale.

La proposition de faire dépendre certains effets de droit patrimonial de la famille de la présence d'enfants plutôt que du seul statut matrimonial des conjoints n'est pas nouvelle. Elle fut déjà formulée par différents intervenants lors des grandes réformes québécoises en droit de la famille au cours des 20 dernières années. C'est ainsi, par exemple, qu'en 1989 la Fédération des associations de familles monoparentales du Québec était d'avis que les conjoints de fait avec enfants devaient pouvoir bénéficier de la protection des règles sur le

partage du patrimoine familial. Cette proposition, on le sait, est restée lettre morte (la raison étant que le gouvernement de l'époque estimait ne pas disposer des études suffisantes sur la situation réelle des familles hors mariage). À ce sujet, il est intéressant de noter que la création d'une obligation alimentaire entre conjoints de fait dans les autres provinces, en Ontario par exemple, était en réalité motivée avant tout par la volonté de venir en aide aux mères ayant la garde des enfants. Cette obligation alimentaire, qui est aujourd'hui présentée comme une mesure générale de protection des conjoints de fait, fut donc en réalité conçue au départ comme un mécanisme de protection de la famille, visant spécifiquement la situation des conjoints de fait qui, à l'issue de leur séparation, étaient appelées à assumer seules la garde des enfants. Les législateurs des autres provinces reconnaissaient ainsi que pour répondre adéquatement aux besoins des enfants au sein des familles désunies, il convenait de prévoir aussi des mesures de protection à l'égard des parents gardiens, leur situation matérielle étant inextricablement liée à celle des enfants, indépendamment de leur statut matrimonial.

Un autre argument semble militer en faveur d'une atténuation du principe du libre choix en matière de droit patrimonial de la famille et donc d'une approche plus protectionniste dès lors que l'intérêt des enfants est en jeu, soit le fait que par définition les enfants n'ont pas participé aux choix conjugaux des parents. Pour eux, l'argument du libre choix, qui est l'argument central de l'arrêt *Walsh*, ne peut donc tenir.

Pour conclure cette partie sur le statut des conjoints de fait en droit civil, arrêtons-nous un instant sur cette nouvelle création qu'est l'union civile. On sait que l'objectif premier de cette législation était de répondre aux revendications visant la création d'un statut conjugal égal réclamé par les groupes de gais et de lesbiennes et que n'eût été du partage constitutionnel des compétences, le gouvernement du Parti québécois aurait résolument ouvert le mariage aux couples de même sexe plutôt que de mettre en place l'union civile. Rappelons que, mis à part quelques différences mineures, l'union civile est, tant dans sa forme que dans ses effets, une copie conforme du mariage. Il faut donc bien constater que l'union civile ne constitue pas une véritable solution de rechange pour les couples hétérosexuels qui voudraient bénéficier d'une certaine reconnaissance en droit civil sans être pour autant disposés à se soumettre au cadre contraignant du mariage. Les effets de l'union civile étant à peu près identiques à ceux rattachés au mariage, il y a donc quelque chose d'un peu artificiel à présenter le mariage et l'union civile comme deux avenues distinctes.

En réalité, l'union civile risque bien de devenir une parenthèse dans l'histoire de la famille si, comme c'est possible, le gouvernement fédéral va de l'avant avec son projet de redéfinition du mariage pour y inclure les couples de même sexe. Que l'union civile soit également ouverte aux couples hétérosexuels s'explique par le fait que le gouvernement québécois voulait être à l'abri des critiques qui n'auraient pas manqué de voir dans cette nouvelle institution une autre façon de marginaliser les homosexuels. Par conséquent, l'avènement éventuel du mariage entre conjoints de même sexe relèguera très certainement l'union civile aux oubliettes, à moins que l'on fasse de l'union civile quelque chose de vraiment différent. Si l'on fait abstraction du problème du mariage entre couples de même sexe (ou en supposant que le gouvernement fédéral décide de redéfinir le mariage en ce sens), il pourrait, en effet, être intéressant de redéfinir le cadre juridique de l'union civile afin d'en faire une véritable solution de rechange au mariage ou à l'union de fait. Pour y arriver, le législateur pourrait utilement s'inspirer des législations qui, en Europe comme en Amérique du Nord, ont mis sur pied des systèmes d'enregistrement public des couples non mariés (*Registered Domestic Partnerships*) donnant à ces couples un statut juridique se rapprochant plus ou moins du mariage, à des degrés qui peuvent varier d'un pays à l'autre<sup>20</sup>. L'union civile, nouvelle version, pourrait alors représenter une intéressante avenue pour ceux et celles qui désirent échapper soit à certains effets trop contraignants du mariage, soit à l'absence quasi totale de protection de l'union de fait. On arriverait ainsi à reconnaître réellement, en droit civil, l'existence de modèles conjugaux variés, plutôt que de n'offrir que le choix du tout ou (presque) rien.

## Partie II- La conjugalité en dehors du droit civil

En dehors du droit privé conjugal, l'union de fait est de nos jours reconnue au même titre que l'union en mariage. Mais il n'en fut pas toujours ainsi. Ce mouvement a commencé dans le courant des années 1960. La première loi québécoise à reconnaître les conjoints de fait est la *Loi sur le régime de rentes du Québec* qui, en 1965, ouvre

---

20. C. FORDER, «European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice», (2000) 2 *Canadian Journal of Family Law* 371-454; M. BAILEY, «Registered Partnerships in Common Law Canada», dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile. Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>e</sup> siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 275-290; M. GRIMALDI, «Le pacte civil de solidarité du droit français: bref aperçu», dans *L'union civile. Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, 291-303; A. ROY, «Partenariat civil et couples de même sexe: la réponse du Québec», (2001) 35 *R.J.T.* 663.

la porte à l'octroi d'une rente viagère à la conjointe survivante (on exigeait alors une période de vie commune d'au moins 7 années). La reconnaissance de la conjugalité hors mariage en droit public et en droit social a culminé en 1999 au Québec<sup>21</sup> et en 2000 au fédéral<sup>22</sup>, avec l'élargissement de la définition du terme «conjoints» pour y inclure les conjoints de même sexe. Dès lors qu'une union répond aux conditions particulières d'une loi, l'assimilation de la situation des conjoints de fait à celle des conjoints mariés ou unis civilement est complète en droit québécois pour l'application de cette loi et cette assimilation inclut désormais les conjoints de même sexe. Aujourd'hui, le droit social québécois met donc sur un pied d'égalité le couple marié, le couple uni civilement hétérosexuel ou homosexuel et le couple de fait hétérosexuel ou homosexuel. La reconnaissance généralisée des conjoints de fait en droit public<sup>23</sup> semble d'ailleurs créer, auprès de nombreux couples, la fausse impression qu'ils sont protégés exactement comme s'ils étaient mariés, même au chapitre de l'obligation alimentaire ou du partage des biens en cas de séparation<sup>24</sup>.

- 
21. *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints*, L.Q. 1999, c. 14. Cette loi omnibus modifie trente-neuf lois et règlements pour y inclure les conjoints de même sexe.
22. *Loi visant à moderniser les régimes d'avantages et d'obligations dans les lois du Canada*, L.C. 2000, c. 12. Cette loi omnibus modifie soixante-huit lois fédérales pour y inclure les conjoints de même sexe.
23. Voir les lois suivantes: *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q., c. A-3; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001; *Loi sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., c. A-13.3; *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., c. A-14; *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25; *Loi sur les assurances*, L.R.Q., c. A-32; *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q., c. C-4.1; *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25; *Loi sur les conditions de travail et le régime de retraite des membres de l'Assemblée nationale*, L.R.Q., c. C-52.1; *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., c. C-67.2; *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1; *Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., c. E-2.3; *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1; *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9; *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants*, L.R.Q., c. R-9.1; *Loi sur le régime de retraite des agents de la paix en services correctionnels*, L.R.Q., c. R-9.2; *Loi sur le régime de retraite des élus municipaux*, L.R.Q., c. R-9.3; *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q., c. R-10; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., c. R-12; *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01; *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16; *Loi sur l'assurance automobile*, 1977, c. 68; *Loi sur l'aide et l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, 1993, c. 54; *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, 1998, c. 36.
24. En ce sens, M. TÉTRAULT, «L'union civile: j'me marie, j'me marie pas», dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile. Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>e</sup> siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 101-149.

L'absence de mécanisme d'officialisation de l'union de fait (par un système d'enregistrement public ou, à tout le moins, d'obligation de déclaration expresse par les personnes qu'elles sont effectivement des conjoints pour l'application d'une loi particulière) en fait une réalité qui est parfois difficile à démontrer. Cela pose inévitablement la question de la définition du mot «conjoint». Qu'est-ce qu'un conjoint de fait? À partir de quand et à quelles conditions une relation entre deux personnes devient-elle «conjugale»?

Contrairement à la législation fédérale, la législation québécoise contient plusieurs définitions du terme «conjoints» et celles-ci varient selon le contexte législatif. En voici quelques exemples: en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*<sup>25</sup>, la notion de conjoint inclut la personne qui vit maritalement avec le travailleur et qui (a) réside avec lui depuis au moins trois ans ou depuis un an si un enfant est né ou à naître de leur union et (b) est publiquement représentée comme son conjoint. La *Loi sur l'assurance automobile*<sup>26</sup> retient également l'exigence de cohabitation sur une période de trois ans, alors que cette période est réduite à un an dans certains scénarios impliquant la présence d'enfants<sup>27</sup>. La *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*<sup>28</sup> retient une définition sensiblement pareille lorsqu'il s'agit de déterminer les bénéficiaires des prestations après décès. La *Loi sur l'aide juridique*<sup>29</sup> se contente de l'exigence de «vie maritale» et d'une cohabitation d'un an. La législation en matière d'aide sociale, on ne s'en surprendra pas, est encore plus large dans sa définition des conjoints de fait<sup>30</sup>, puisqu'il s'agit cette fois d'utiliser la conjugalité comme facteur de réduction des prestations. Certains auteurs ont, en effet, suggéré que la définition de l'union de fait pouvait bien être tributaire de l'impact budgétaire des lois<sup>31</sup>. Quoi qu'il en soit, on peut certainement affirmer que l'absence d'uniformité est créatrice de confusion et possiblement d'injustice. Malgré les différentes déclarations gouvernementales en faveur d'une uniformisation de la définition des conjoints de fait dans les législations sociales, force est de constater que cet objectif n'est

---

25. L.R.Q., c. A-3.001.

26. L.R.Q., c. A-25.

27. Il s'agit de cas suivants: (1) un enfant est né ou à naître de leur union; (2) elles ont conjointement adopté un enfant; (3) l'une d'elles a adopté un enfant de l'autre.

28. L.R.Q., c. R-15.1

29. L.R.Q., c. A-14.

30. *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la sécurité sociale*, L.R.Q., c. S-32, art. 19.

31. Michelle GIROUX et Anouk LAURENT, «Portrait critique de l'union de fait en droit québécois», (1989) 20 *R.G.D.* 129, 134.

pas encore atteint<sup>32</sup>. La tendance générale est cependant à l'élargissement de la définition et donc à la reconnaissance de plus en plus effective de l'union libre. C'est ainsi que la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*<sup>33</sup> a modifié la *Loi d'interprétation*<sup>34</sup> dont le nouvel article 61.1 dispose:

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<sup>35</sup>.

En droit social, il est clair que l'élargissement de la définition de conjoint pour y inclure les conjoints de fait hétérosexuels d'abord, puis les conjoints de fait de même sexe ensuite, fut essentiellement motivé par le souci de donner à tous les couples un traitement égal. Mais on constate aujourd'hui que la vérification du statut de conjoint en dehors de la conjugalité «officielle» oblige à déterminer ce qui différencie la vie maritale des autres formes d'associations, ce qui implique un certain contrôle du *modus vivendi* des personnes. La référence à la notion de conjugalité en droit social pose donc inévitablement la question du respect de la vie privée. Nous aborderons cette problématique avec l'exemple de l'aide sociale (A). Par ailleurs, on ne peut plus passer sous silence non plus, le fait que l'évolution des mœurs et la volatilité de la conjugalité contemporaine, de même que la difficulté à définir la conjugalité, entraînent d'importants obstacles dans l'application de plusieurs législations; à un point tel que certains observateurs remettent en cause la pertinence de la notion même de conjugalité comme facteur de détermination de droits et d'obligations. Le domaine des régimes de retraite permettra de mieux comprendre cette critique nouvelle (B).

---

32. En 1998, le ministre de la Justice du Québec annonçait son intention d'uniformiser la définition de «conjoints de fait» (GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Déclaration ministérielle sur l'intention gouvernementale d'harmoniser les concepts de conjoints de fait de sexe différent et de même sexe*, Québec, le 18 juin 1998) mais jusqu'à ce jour ce projet ne s'est pas réalisé.

33. L.Q. 2002, c. 6, art. 143.

34. L.R.Q., c. I-16.

35. D'ici au 30 juin 2005, le gouvernement devra évaluer l'impact de cette définition (art. 244 de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*).

### **A. La conjugalité comme facteur pénalisant: l'exemple de l'aide sociale**

Le droit aux prestations d'aide sociale est tributaire, entre autres, de la situation conjugale du prestataire, l'idée étant que la solidarité privée doit avoir priorité sur la solidarité sociale lorsque le prestataire vit en couple. La loi définit, dès lors, ce qu'il faut comprendre par le terme «conjoints»:

Sont des conjoints:

1<sup>o</sup> les personnes liées par un mariage ou une union civile qui cohabitent;

2<sup>o</sup> les personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui cohabitent et qui sont les père et mère d'un même enfant, sauf si elles démontrent que leur cohabitation est temporaire et résulte de circonstances exceptionnelles liées à un problème grave de santé de l'une d'elles ou d'un de leurs enfants;

3<sup>o</sup> les personnes majeures, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent maritalement et qui, à un moment donné, ont cohabité pendant une période d'au moins un an.<sup>36</sup>

Le paragraphe trois tend à cerner la situation des conjoints dont le statut ne fait pas l'objet d'une reconnaissance officielle, que ce soit dans le cadre du mariage, de l'union civile ou de la filiation. Selon la jurisprudence à peu près constante de la Commission des affaires sociales, du Tribunal administratif et de la Cour supérieure, la «vie maritale» implique nécessairement la cohabitation et le secours mutuel et, accessoirement, la commune renommée<sup>37</sup>. Si la question de la cohabitation n'est guère problématique, celle du secours mutuel est plus délicate. En effet, au-delà de la dimension clairement économique du secours mutuel, la jurisprudence exige que soit démontrée une relation affective durable. Cette exigence oblige le décideur à distinguer la relation affective de nature maritale et les autres types de relations affectives. On pourrait être tenté de dire, comme le faisait une certaine jurisprudence, que la dimension «relations sexuelles» permet de distinguer utilement les deux situations. Cette façon de voir est maintenant dépassée et il est clair qu'en jurisprudence la

---

36. *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la sécurité sociale*, L.R.Q., c. S-32, art. 19.

37. Voir la jurisprudence abondante citée dans *Brunette c. Tribunal administratif du Québec*, [2000] R.J.Q. 2664 (C.S.).

notion de vie maritale est désormais désarrimée du facteur «sexualité», en ce sens que les relations sexuelles ne constituent plus un facteur déterminant pour démontrer qu'il y a vie maritale en matière de sécurité du revenu. Comme l'exprimait récemment un juge de la Cour supérieure:

Un homme et une femme ou deux homosexuels peuvent avoir des relations sexuelles, même sur une base régulière, sans avoir une vie maritale ou ne pas avoir de relations sexuelles et avoir une vie maritale. Il ne s'agissait pas pour les membres du premier banc de décider si cet homme et cette femme vivaient parfaitement ou quasi-parfaitement, selon le modèle usuel des gens mariés ou des conjoints de fait hétérosexuels ou homosexuels qui vivent comme des gens mariés, une «vie maritale» et ont habituellement des relations sexuelles ou une intimité assimilable.<sup>38</sup>

Cette approche rejoint clairement la position de la Cour suprême, exprimée dans l'arrêt *M. c. H.*<sup>39</sup>. Alors qu'il s'agissait en l'espèce de déterminer la notion de conjoint au sens de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario<sup>40</sup>, la question étant de savoir si les couples de même sexe pouvaient prétendre au bénéfice de la loi, le juge Cory n'hésite pas à aborder la question plus large du concept de conjugalité:

Pour être visés par la définition, ni les couples de sexe différent ni les couples de même sexe n'ont besoin de se conformer parfaitement au modèle matrimonial traditionnel afin de prouver que leur union est *conjugale*. Un couple de sexe différent peut certainement, après de nombreuses années de vie commune, être considéré comme formant une union conjugale, même sans enfants ni relations sexuelles. Évidemment, le poids à accorder aux divers éléments ou facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer si un couple de sexe différent forme une union conjugale variera grandement, presque à l'infini. [...] Les tribunaux ont eu la sagesse d'adopter une méthode souple pour déterminer si une union est conjugale. Il doit en être ainsi parce que les rapports dans les couples varient beaucoup.<sup>41</sup>

L'analyse de la jurisprudence, tant celle de la Cour supérieure que celle du Tribunal administratif du Québec, démontre cependant qu'il existe encore une ambiguïté à l'égard de la pertinence de la sexualité comme facteur de détermination de la nature conjugale

38. *Poulin c. Tribunal administratif du Québec*, [2002] R.J.Q. 691 (C.S.).

39. *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

40. L.R.O. 1990, c. F.3, art. 29.

41. *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 59 et 60.



d'une union<sup>42</sup>. On constate que la question des relations sexuelles demeure encore souvent un enjeu important lorsqu'il s'agit d'apprécier la nature maritale d'une relation. Même dépouillée de la dimension sexuelle, la relation affective ne semble pouvoir être retenue comme facteur de détermination des droits qu'au prix d'une importante intrusion dans la vie privée des justiciables, en l'occurrence les prestataires de l'aide sociale. Mais au-delà de cette importante question de respect de la vie privée, il faut bien constater qu'en abandonnant la dimension sexuelle de la définition de la vie maritale, on risque bien d'aboutir à une impasse. En effet, il devient à peu près impossible de définir ce qui constitue réellement une union conjugale. Les éléments de cohabitation, de secours mutuels, de liens d'affection, d'interdépendance financière, etc. ne sont pas l'apanage des relations conjugales. On les retrouve dans bien d'autres relations entre adultes. Dans une intéressante décision, la Cour d'appel de l'Ontario arrive également à la conclusion que de tels éléments sont trop vagues pour permettre de distinguer adéquatement les unions maritales des relations non maritales<sup>43</sup>. La Cour d'appel ne fournit malheureusement aucune indication sur ce que serait, selon elle, une relation de type conjugal («a truly marriage like relationship»). Mais faut-il vraiment se surprendre de ce silence? N'est-ce pas, au fond, la reconnaissance implicite que, du moins dans certains cas, la conjugalité n'est plus un concept juridique efficace? C'est en tout cas la conclusion à laquelle en arrivent Cossman et Ryder:

The effect of using conjugality in any form as a proxy for reduced need is to deny low-income persons the choice of forming economically inde-

42. Ainsi, dans *Faucher c. Tribunal administratif du Québec*, C.S., 8 juillet, n° 2003 200-05-017342-028, le juge s'appuie sur l'affaire *Brunette* (voir *supra*) et cite avec approbation les propos de l'expert qui, après avoir constaté le caractère beaucoup trop large des trois critères usuels (cohabitation, secours mutuel et commune renommée) insiste sur l'importance de la dimension sexuelle de la vie affective maritale.

43. *Falkiner c. Ontario (Ministry of Community and Social Services)*, [2002] O.J. No. 1771 (Q.L.); l'autorisation de pourvoi en Cour suprême a été accordée le 20 mars 2003 (C.S.C., n° 29294). La Cour d'appel conclut, dans cette affaire, que la législation ontarienne, en étant trop large dans sa définition de conjoints au point d'inclure la mère célibataire impliquée dans une relation «à l'essai» [«try-on relationship»], risque de forcer celle-ci à devenir financièrement dépendante de l'homme avec lequel elle cohabite; une telle conséquence constitue, selon la Cour d'appel, une atteinte à la dignité de la prestataire. La Cour conclut au caractère discriminatoire de la définition et elle innove en précisant que le bénéfice de l'aide sociale constitue un motif analogue au sens de l'article 15 de la Charte canadienne. La Cour reproche à la législation de supposer que les mères célibataires bénéficiaires de l'aide sociale qui font un essai de vie en couple sont nécessairement dans une relation de solidarité et d'interdépendance financière. Rappelons que la Cour suprême est saisie de la question.

pendent relationships. [...] Since financial independence should be a choice that is not only tolerated but encouraged, since the formation of interdependent family units should also be encouraged, and since coerced dependence is wrong, the existence of a conjugal relationship should not, in itself, make any difference to welfare entitlement.<sup>44</sup>

Sans apporter de réponse à cette difficile question, mentionnons qu'elle rejoint les préoccupations de la Commission du droit du Canada qui, dans un récent document<sup>45</sup>, émet l'hypothèse selon laquelle il serait plus judicieux, dans bien des cas, de reconnaître le concept de «relations personnelles étroites» plutôt que de «conjugalité» lorsqu'une législation concernée vise, à travers la conjugalité, à souligner en réalité l'importance sociale des rapports de solidarité ainsi que le résultat économique de tels rapports. En d'autres mots, la notion de conjugalité n'aurait, dans bien des cas, plus de lien rationnel avec les objectifs de la loi<sup>46</sup>. Cette approche rejoint la position de la Cour suprême qui, dans l'arrêt *Miron*, souligne que les gouvernements devraient fonder leurs législations non pas sur le statut conjugal ou quasi conjugal, mais plutôt sur les caractéristiques des relations personnelles qui ont un lien, une pertinence, avec les objectifs particuliers de chaque législation. Par exemple, s'il est évident que la notion de conjugalité garde toute sa raison d'être dans le cadre du droit familial, elle mérite d'être remise en question dans un domaine comme celui de l'aide sociale dont l'objet est de venir en aide aux personnes économiquement défavorisées. À l'égard d'un tel objectif, il est raisonnable de tenir compte d'une situation d'interdépendance économique et matérielle. Par contre, il est douteux que la vie affective des bénéficiaires ait un lien rationnel avec l'objet de la loi.

44. B. COSSMAN et B. RYDER, «What Is Marriage-like Like? The Irrelevance of Conjugality», (2001) 2 *Canadian Journal of Family Law* 227, 309-310.

45. *La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, disponible sur le site Internet de la Commission: [http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/cpra\\_main.asp](http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/cpra_main.asp)

46. «[...] la notion de vie privée exige que l'État reste «en dehors des chambres à coucher de la nation». Elle nécessite également que l'État évite, chaque fois que cela est possible, d'établir des règles juridiques qui ne peuvent être administrées efficacement sans examen envahissant ou divulgation forcée des détails intimes des rapports personnels entre adultes. Plus particulièrement, exception faite des cas de violence et d'exploitation, les rapports sexuels entre les adultes consentants ne devraient pas être soumis aux enquêtes de l'État. La sexualité est l'une des facettes les plus intimes de bon nombre de rapports personnels. La présence ou l'absence d'une relation sexuelle adulte consensuelle, ou la nature des actes sexuels consensuels des adultes, sont des sujets qui n'ont rien à voir avec la promotion des objectifs légitimes de l'État» (*ibid.*).

**B. La conjugalité comme facteur d'attribution de droits:  
l'exemple des régimes de retraite**

La justification traditionnelle du paiement de prestations de survivant dans le cadre des régimes de retraite, se trouvait dans le souci de venir en aide au conjoint survivant qui était généralement l'épouse, qui n'avait que très peu de liens avec le marché du travail et qui avait généralement connu une situation de dépendance financière à l'égard de l'époux décédé. Or il est indéniable que ce modèle du couple qui dure jusqu'au décès et qui fonctionne selon une distribution traditionnelle des rôles – l'homme au travail et la femme au foyer – correspond de moins en moins à la réalité. Non seulement le mariage ne représente plus la forme quasi obligatoire de la conjugalité, mais bien souvent les deux conjoints ont un travail rémunéré. Au surplus, un nombre croissant de couples connaît une séparation ou un divorce. Bien sûr, la législation québécoise reconnaît depuis longtemps, au chapitre des régimes de retraite, la réalité de la conjugalité hors mariage. Mais aujourd'hui, cette reconnaissance engendre plusieurs difficultés. La première est celle du choix entre les différents bénéficiaires potentiels des prestations de survivant. Ainsi, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*<sup>47</sup> fait le choix de donner la priorité au conjoint marié séparé de fait, même si le cotisant vivait depuis de nombreuses années avec un conjoint de fait. La *Loi sur le régime de rentes du Québec*<sup>48</sup> adopte la même solution. Ce choix, on en conviendra, mérite au moins d'être discuté. Par ailleurs, on peut légitimement se demander si le concept de conjoint permet encore de répondre efficacement aux objectifs de la législation en matière de régime de rentes. Cette question est au cœur des réflexions actuelles concernant la réforme du Régime de rentes au Québec<sup>49</sup>. La deuxième difficulté résulte du fait qu'il faut définir la notion de conjugalité et vérifier s'il y a eu «vie maritale» au sens, par exemple, de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*. Cela peut contraindre les administrateurs de régimes de retraite à effectuer une série de vérifications qui touchent intimement la vie privée des participants.

47. *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1, art. 85.

48. *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9, art. 91.

49. RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC, *Adapter le Régime de rentes aux nouvelles réalités du Québec*, Québec, novembre 2003. Ce document de consultation est disponible sur le site de la Régie des rentes: [www.rrq.gouv.qc.ca](http://www.rrq.gouv.qc.ca). Il propose de diluer les droits du conjoint survivant au profit d'un renforcement de la protection des orphelins.

Ce double obstacle, celui de la définition de la conjugalité et celui du choix du survivant qui mérite le plus d'être protégé, amène certains observateurs à se demander si la conjugalité est encore un facteur pertinent et s'il n'est pas déconnecté des fondements des prestations de survie. Ainsi, comme le souligne Mireille Deschênes dans un article très fouillé sur la question de la discrimination dans les régimes de rentes et d'assurances:

La rente au conjoint survivant est maintenant vue comme une assurance de moyens de subsistance plutôt qu'un prolongement de l'obligation alimentaire. Le droit social, contrairement au droit civil, reflète un souci d'assurer au survivant certaines ressources financières, souci fondé sur la reconnaissance d'une certaine solidarité économique des partenaires d'un couple même en l'absence d'obligations réciproques de secours et d'assistance. L'évolution du fondement de la prestation de survie amène à s'interroger sur la justification de l'exclusion des ménages «non conjoints» formés, par exemple, de deux sœurs qui cohabitent et mettent en commun leurs ressources. Objectivement, rien ne semble justifier que ces personnes soient considérées moins vulnérables ou moins dignes de protection face aux aléas de la vie. Un débat de société devra éventuellement être engagé sur les fondements de la garantie d'un revenu en cas de décès, sur la vocation universelle d'un tel droit et la responsabilité de la collectivité d'en assumer le financement.<sup>50</sup>

Cette auteure soutient que puisque les désavantages qui découlent du décès ne touchent pas exclusivement les conjoints, la législation devrait être neutre, en ce sens que «tout comme dans le cas de l'assurance vie, ce sont les participants aux régimes de retraite, et non l'État ou le répondant du régime, qui devraient désigner le bénéficiaire des prestations de décès»<sup>51</sup>. Une telle proposition, qui revient à mettre de côté la conjugalité comme facteur nécessaire d'attribution de droits, rejoint les préoccupations récentes de la Commission du droit du Canada qui, dans son rapport *La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*<sup>52</sup>, préconise le principe de neutralité de l'État quant à la nature des relations personnelles, afin de mieux servir les objectifs législatifs qui peuvent varier

---

50. M. DESCHÊNES, «Droit à l'égalité dans les régimes de rentes et d'assurances», dans Association Henri Capitant, J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS (dir.), *Droit à l'égalité et discrimination: aspects nouveaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 25-26.

51. M. DESCHÊNES, «Les prestations de conjoints sont-elles encore pertinentes?», *Commentaires Mercer*, printemps 2001, Montréal (note: il s'agit du bulletin d'information publié par la Société Conseil Mercer Ltée).

52. *La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, disponible sur le site Internet de la Commission: [http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/cpra\\_main.asp](http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/cpra_main.asp)

d'une législation à l'autre. En d'autres mots, soulignant que le concept de «rapports personnels étroits» est plus adéquat que le concept de conjugalité<sup>53</sup>, la Commission avance l'idée selon laquelle la pertinence même de la notion de relations personnelles devrait être remise en question en regard des objectifs légitimes des différentes législations. Et là où cela s'avère possible, il conviendrait, selon la Commission, de vérifier si les individus ne devraient pas pouvoir choisir eux-mêmes lesquels de leurs rapports personnels étroits devraient être assujettis à la législation concernée. C'est ainsi qu'en matière de prestations de survivant, la Commission recommande expressément de laisser aux participants le droit de désigner eux-mêmes le bénéficiaire<sup>54</sup>.

### Conclusion

En guise de brève conclusion de ce survol, on peut sans doute affirmer qu'en ce qui concerne la problématique du statut juridique des conjoints, le droit traverse actuellement une période de remise en question importante, cherchant à s'adapter aux réalités changeantes des relations familiales et conjugales. Cette adaptation implique, particulièrement en droit privé, la recherche d'un équilibre délicat entre le respect de l'autonomie des individus et l'impératif de protec-

---

53. Par ailleurs, la Commission du droit du Canada soutient que la définition de l'union de fait devrait varier selon l'objectif spécifique des lois mais que l'existence de rapports sexuels ne devrait en tout cas jamais être retenue comme élément pertinent: «Toute nouvelle définition devrait se concentrer sur les attributs fonctionnels d'une relation. Il pourrait être possible de rédiger une définition qui met l'accent sur les attributs fonctionnels les plus importants des rapports personnels, c'est-à-dire ceux qui suscitent le besoin de reconnaissance et de protection par la loi. Ainsi, l'existence de relations sexuelles au sein d'une relation n'est pas pertinente dans l'atteinte des objectifs légitimes de l'État. La définition actuelle de conjoints de fait, qui intègre la notion de conjugalité, fait de l'existence de relations sexuelles un facteur dont il faut tenir compte dans l'administration des politiques de l'État. La protection de la vie privée et l'atteinte des objectifs gouvernementaux seraient mieux réalisées si les définitions des rapports étaient rédigées de façon à supprimer l'importance accordée à l'existence d'une dimension sexuelle comme facteur relationnel. La nouvelle définition pourrait plutôt porter sur les deux attributs fonctionnels qui semblent particulièrement importants dans un grand nombre de contextes: l'intimité affective et l'interdépendance économique. Un troisième attribut qui pourrait également être pertinent est celui d'une résidence partagée.»

54. *Ibid.*, recommandation 30: «Les gouvernements devraient modifier le Régime de pensions du Canada et les lois sur les régimes de retraite d'employeurs et les régimes de pensions d'anciens combattants, pour permettre à un cotisant, un employé ou un ancien combattant de désigner comme bénéficiaire de la prestation de survivant une personne avec laquelle il vit dans un rapport assorti d'interdépendance économique.»

tion des membres les plus vulnérables de la famille. Dans certains secteurs du droit social, cet effort d'adaptation oblige à se demander si la notion de conjugalité répond encore efficacement aux objectifs législatifs ou si, au contraire, d'autres formes de relations personnelles ne devraient pas parfois prendre le dessus. La question est loin d'être théorique. Au contraire, elle pourrait bien engendrer dans un proche avenir un mouvement de réformes législatives bien concrètes. À cet égard, soulignons la toute première initiative en ce sens, avec la récente législation de l'Alberta, la *Adult Interdependent Relationships Act*, qui reconnaît l'utilité juridique du concept de relations étroites entre adultes<sup>55</sup>. Parions qu'il ne s'agit que d'une première...

---

55. *Adult Interdependent Relationships Act*, S.A., c. A-4.5; *Adult Interdependent Partner Agreement Regulation*, Al. Reg. 141/2003.