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

Alain Roy*

Synthèse 237

Introduction générale 239

A. Éléments de droit québécois 241

1. La réforme du droit de la famille (1980) : l'entrée de l'union de fait dans la licéité 241

2. L'institution du patrimoine familial (1989) : la question de l'union de fait à l'ordre du jour 251

3. La réforme du *Code civil du Québec* (1991) : la confirmation d'un choix de société 255

4. La Loi 32 sur les droits sociaux (1999) : l'uniformisation des définitions et la reconnaissance des conjoints de fait de même sexe 259

5. L'avènement de l'union civile (2002) : la consolidation du régime juridique de l'union de fait 264

Conclusion 271

B. Éléments de droit comparé 273

1. Le droit français 274

---

* LL.D. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.
Ce texte correspond à l'expertise déposée par l'auteur le 20 juin 2008 auprès du Procureur général du Québec dans le cadre de l'affaire communément appelée *Éric* c. *Lola*.

- La lente ascension du « concubinage » en droit civil français 274
- Le droit social et fiscal 276
- La Loi du 15 novembre 1999 introduisant le Pacte civil de solidarité... 278
- ... et le concubinage 279

Conclusion. 282

2. Le droit belge 283
- Un code civil emprunté, une évolution semblable 283
- Le droit social et fiscal 286
- La Loi du 23 novembre 1998 instituant la cohabitation légale 287

Conclusion. 289

3. Le droit des provinces canadiennes de common law 292
- Common law et droit statutaire 292
- Le droit social et fiscal 295
- Le droit privé. 296
- La Loi néo-écossaise du 19 avril 2000 instituant le régime de « domestic partnership » 298

Conclusion. 299

Conclusion générale 302

SYNTHÈSE

Le 18 janvier dernier, la Cour suprême du Canada entendait l'appel logé par chacune des parties dans la cause connue du grand public sous le nom d'*Éric* c. *Lola*. On se souviendra qu'en novembre 2010, la Cour d'appel du Québec avait déclaré contraire aux droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* la disposition du Code civil excluant les conjoints de fait du champ d'application de l'obligation alimentaire entre conjoints. La Cour d'appel avait toutefois maintenu la validité des règles réservant aux époux le partage du patrimoine familial, la prestation compensatoire et les régimes matrimoniaux. Tant devant la Cour supérieure, la Cour d'appel que la Cour suprême, le procureur général du Québec s'est appuyé sur le rapport d'expertise du professeur Alain Roy, relatant les tenants et aboutissants de la politique législative du Québec à travers les 30 dernières années. Les pages qui suivent reproduisent ce rapport.

Au Québec, la progression de l'union de fait figure au rang des phénomènes sociaux les plus fascinants des 30 dernières années. De 1981 à 2001, la proportion de couples vivant en union de fait est passée de 7,9 % à 28,8 %[1]. Selon Statistique Canada, cette croissance se serait poursuivie entre 2001 à 2006[2]. Chez nous, observe-t-on, plus du tiers des couples opteraient pour l'union de fait, une proportion nettement supérieure à celle que l'on peut observer dans les autres provinces canadiennes[3].

Dire que le droit reflète les changements sociaux est un lieu commun, mais un lieu commun qui se révèle plus véridique que jamais. Si le législateur québécois faisait autrefois preuve de grande retenue à l'égard de l'ensemble législatif dont il voulait préserver la cohérence, il n'hésite plus aujourd'hui à recourir au droit pour normaliser les problématiques sociales émergentes[4]. L'évolution des règles juridiques applicables à l'union de fait est très révélatrice de cette tendance. Depuis 1980, le législateur québécois n'a pas cessé de s'intéresser à l'union de fait, non seulement pour consolider la légitimité sociale nouvellement acquise par les conjoints de fait, mais également pour leur reconnaître un certain nombre de droits et d'avantages.

Ce texte expose l'histoire législative récente de l'union de fait au Québec et tente d'en démontrer la spécificité à la lumière du droit étranger. À cet égard, il répond au document présenté par le professeur Benoît Moore intitulé « Nature et évolution historique du mariage ». Ensemble, les deux rapports devraient permettre de tracer un portrait relativement complet des règles régissant la conjugalité au Québec.

La première partie recense les grandes étapes législatives au cours desquelles l'État québécois a contribué à façonner le cadre normatif de l'union de fait. Pour chacune des étapes identifiées, nous expliquerons la teneur, la portée

---

1. Chantal GIRARD, *La situation démographique au Québec – Bilan 2007*, Institut de la statistique du Québec, Québec, 2007, p. 66.
2. STATISTIQUES CANADA, *Portrait de famille : continuité et changement dans les familles et les ménages au Canada en 2006*, Recensement de 2006, nº 97-553-XF1, p. 10.
3. Guillaume BOURGAULT-COTÉ, « Le Québec, champion mondial de l'union libre », *Le Devoir*, 13 septembre 2007, disponible à <http://www.ledevoir.com/2007/09/13/156634.html>.
4. Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2007, p. 344-350.

et la finalité des règles adoptées en matière d'union de fait, en prenant soin de dégager le contexte social et politique à la base des innovations législatives. Nous puiserons l'éclairage nécessaire dans les travaux parlementaires et, le cas échéant, dans la doctrine et la jurisprudence[5].

Nous comparerons ensuite la loi québécoise au droit des principaux États de droit civil que sont la France et la Belgique et à celui des autres provinces canadiennes. Cet exposé devrait nous permettre de constater que le cadre légal à l'intérieur duquel évoluent aujourd'hui les conjoints de fait québécois[6] ne tient pas du déni de légitimité, mais qu'il procède plutôt d'une vision distinctive axée sur les valeurs de liberté et d'autonomie. Plus précisément, notre analyse nous amènera à conclure que :

- Le choix politique de ne pas réglementer les rapports mutuels des conjoints de fait a été clairement affirmé lors de la réforme du droit de la famille de 1980 et ensuite reconduit avec force en quatre autres occasions ;

- Ce choix politique a été fait en toute connaissance de cause, d'autres options ayant été ouvertement discutées et débattues au sein des instances parlementaires ;

- L'État québécois aborde aujourd'hui les statuts conjugaux que sont le mariage, l'union civile et l'union de fait en toute neutralité, les époux, les conjoints unis civilement et les conjoints de fait bénéficiant des mêmes droits et avantages sociaux, sans distinction ;

5. La présente étude n'a pas pour objectif de décrire les droits et obligations dont les conjoints de fait peuvent se prévaloir en vertu du droit commun ou en trouvant appui sur une interprétation libérale de la notion de l'intérêt de l'enfant, si applicable. En conséquence, nous ne traiterons pas des développements jurisprudentiels et doctrinaux relatifs à l'action en enrichissement sans cause et en partage d'une société tacite que certains conjoints de fait intentent. Nous n'analyserons pas d'avantage les décisions judiciaires où l'on a attribué certains droits dans la résidence familiale au conjoint de fait non propriétaire, en prenant appui sur le principe du meilleur intérêt de l'enfant, le cas échéant. À ce propos, le lecteur pourra consulter l'ouvrage de Jocelyne JARRY, *Les conjoints de fait au Québec. Vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 115-145 et le texte de Jocelyn VERDON, « L'égalité entre les enfants d'une union de fait et ceux du mariage ? Réalité ou utopie », dans *Conjoints de fait : leurs droits et leurs recours*, Montréal CCH, mai 2008, p. 1.
6. Nous ne discuterons pas des éléments de définition de la notion de « conjoint de fait », si ce n'est de façon accessoire. Ainsi, nous présenterons l'évolution du droit des conjoints de fait sans faire référence aux critères de qualification que le législateur peut imposer aux couples en union de fait, que ce soit aux plans de la durée de leur relation, de la notoriété, de la cohabitation sous un même toit ou de tout autre aspect.

- Toute comparaison du droit québécois avec certains droits étrangers doit être faite avec circonspection puisque :

  – Dans certains États (France et Belgique), l'absence d'encadrement des rapports qu'entretiennent les conjoints de fait témoigne effectivement d'un déni de légitimité et d'une volonté législative de maintenir une certaine forme de hiérarchisation des statuts conjugaux ;

  – Dans d'autres États (provinces canadiennes anglaises), l'existence de certaines obligations entre conjoints de fait traduit diverses préoccupations gouvernementales au rang desquelles on doit considérer le bénéfice indirect que l'État est susceptible d'en retirer sur le plan des finances publiques.

A. ÉLÉMENTS DE DROIT QUÉBÉCOIS

1. La réforme du droit de la famille (1980) : l'entrée de l'union de fait dans la licéité

Si l'union de fait représente aujourd'hui une manière socialement et juridiquement acceptable de vivre une relation conjugale, il n'en a pas toujours été ainsi. Avant la réforme du droit de la famille de 1980, l'union de fait – alors dénommée « concubinage » – n'était rien de moins qu'un état contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs[7]. Dans une société assujettie à l'emprise du clergé comme l'était le Québec, le couple et la famille ne pouvaient bénéficier d'assises légitimes qu'à travers le mariage[8].

Les dispositions de l'ancien *Code civil du Bas Canada* en matière familiale laissent clairement entrevoir l'angle moral sous lequel les rapports hors mariage étaient autrefois observés[9]. Convaincu de la menace que pouvait représenter

7. Édith DELEURY, « Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Des concubinages dans le monde*, Paris, Éditions du CNRS, 1990, p. 85, à la p. 88 et Ernest CAPARROS, « Observations sur la première partie du rapport de l'O.R.C.C. sur la famille », (1975) 16 *C. de D.* 621, 623.
8. « [...] si l'union libre est vécue de la même façon que l'union [matrimoniale], c'est-à-dire consentie, strictement observée et maintenue, pourquoi favoriser le mariage et proscrire le concubinage ? Il s'agirait là d'une morale laïque équivalente à la morale chrétienne » : Jean PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil. La Famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 18.
9. Cette angle moral se percevait parfois en jurisprudence, comme en fait foi cette déclaration du juge Rinfret appelé à disposer de la demande de pension alimentaire d'une conjoint de fait à l'égard de son ex-époux : « Que des personnes vivent en concubinage, c'est leur affaire ; je n'ai pas à les juger ; mais qu'elles ne comptent pas sur quelqu'un d'autre, qu'elles prennent les dispositions requises pour subvenir elles-mêmes aux besoins du ménage » : *Michaud* c. *Bernier*, [1976] C.A. 469, 472.

l'union de fait sur la stabilité de la famille et la morale publique[10], l'État ne reconnaissait de droits qu'aux seuls époux[11]. Loin d'être ignorés par le droit civil, les concubins étaient l'objet d'une suspicion pour le moins évidente[12]. Comme l'écrivait le professeur Jean Pineau, le législateur distinguait « [...] le mariage "cérémonial social" de l'union libre, ce qui est digne de ce qui l'est moins »[13]. Ainsi niait-il expressément aux concubins le droit de se consentir des donations entre vifs[14],

10. « Accorder au concubinage un droit de cité en droit civil n'est pas la meilleure façon de favoriser la stabilité entre conjoints ni, par conséquent, l'épanouissement de la famille » : Ernest CAPARROS, « Observations sur la première partie du rapport de l'O.R.C.C. sur la famille », (1975) 16 *C. de D.* 621, 623. « Reconnaître le concubin comme héritier légal au même titre que l'époux est un encouragement à la déségrégation de la famille » : Armand LAVALLÉE, « Correspondance. Le concubin, héritier légal », (1976-77) 79 *R. du N.* 152.
11. Le droit social ne reconnaissait pas davantage l'union de fait. La relation d'interdépendance économique pouvant exister entre les concubins était tout simplement ignorée par l'État. Bien que le législateur québécois ait permis, dès 1965, à une « veuve non mariée » d'obtenir une rente viagère en vertu de la *Loi sur le régime de rentes*, (L.Q. 1965, c. 24, art. 105), ce n'est qu'après l'adoption de la Charte des droits et libertés de la personne en 1975 que les conjoints de fait purent véritablement accéder aux mêmes prestations, services publics et programmes sociaux que les personnes mariées. Sur le sujet, voir *infra*, p. 25 et s.
12. « Il est clair que le droit civil ne favorisait aucunement le concubinage et le punissait sévèrement » : André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N.* 43, 45. Voir cependant Dominique GOUBAU pour qui le C.c.B.C. n'était pas véritablement hostile à l'égard des conjoints de fait, mais se contentait de les ignorer : « Le *Code civil du Québec* et les concubins : un mariage discret », (1995) 74 *Rev. du Bar. can.* 474, 475.
13. Jean PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil. La Famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 11. Voir également Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien,* t. IV, Montréal, Théorêt, 1899, p. 45 et François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. III, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 25.
14. Les conjoints de fait pouvaient toutefois se consentir des aliments par donation entre vifs. Ainsi se lisait l'article 768 C.c.B.C. : « Les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, à ses enfants incestueux ou adultérins, sont limitées à des aliments. Cette prohibition ne s'applique pas aux donations par contrat de mariage intervenu entre les concubinaires. Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des donations entre vifs comme toutes autres personnes. » Notons que la prohibition légale n'a jamais trouvé application en matière testamentaire. Vu la liberté illimitée de tester introduite en 1774 par l'Acte de Québec, les concubins ont toujours pu se consentir des legs. Soulignons que les tribunaux québécois n'ont jamais considéré de tels legs comme étant contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs suivant l'article 831 C.c.B.C. Ainsi, dans *Archambault* c. *Guérin*, Cour du Banc de la reine, Montréal, 28 avril 1948, nº 2974 (cité par André Morel à la note 33 de sa thèse publiée sous le titre *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960), la Cour d'appel déclarait : « Étant donné la liberté complète de tester qui existe en cette province, rien n'empêche un homme de déshériter son épouse et sa famille en faveur de sa concubine, quelque malheureuse puisse être une telle décision ». Voir cependant *Vaudreuil* c. *Falardeau*, [1950] R.P. 193 où le juge Fabre-Surveyer procéda à l'annulation d'un tel legs. Par ailleurs, suivant l'interprétation de la Cour supérieure, la concubine désignée comme bénéficiaire d'une police d'assurance-vie pouvait recueillir le produit au décès de l'assuré, l'assurance-vie n'étant pas assimilée à la donation prohibée par l'article 768 C.c.B.C. : *Lessard* c. *Denis et autre*, [1970] C.S. 521.

les privant de ce fait d'une forme d'organisation contractuelle susceptible de consolider leur relation et d'en assurer une certaine stabilité[15].

Qui plus est, le législateur discréditait sévèrement les enfants issus du concubinage[16]. Désignés sous le vocable d'« enfants naturels »[17], ceux-ci étaient privés d'un grand nombre de prérogatives légales. À moins d'avoir été légitimés par le mariage subséquent de leurs parents[18], les enfants naturels ne pouvaient compter sur le devoir d'entretien et d'éducation auquel les parents sont normalement tenus envers leur progéniture[19]. Les enfants naturels ne pouvaient non plus hériter *ab intestat* de leurs ascendants, la dévolution successorale demeurant fondée sur la légitimité[20]. Fruit d'une relation conjugale jugée socialement répréhensible, l'enfant naturel n'était en fait qu'un « déclassé juridique »[21]. Comme l'écrivait Jean-Louis Baudouin, alors professeur :

> Les raisons juridiques qui ont été invoquées pour justifier l'ignorance du groupe de la famille naturelle transparaissent clairement à la lecture de notre Code [...] : désir de protéger les droits de la famille légitime, refus de sanctionner une conduite

15. « En effet, écrit le notaire Jean Sylvestre, l'article 768 C.c.B.C., en prohibant toutes donations entre vifs entre concubins et entre personnes ayant vécu en concubinage, fermait la porte à tous arrangements financiers quelconques entre personnes vivant en union libre, revêtant un caractère de libéralités, de gratuité ou de don. Or, puisqu'on retrouve presque toujours l'un ou l'autre de ces caractère dans ce qu'il est convenu d'appeler des accords entre conjoints ou concubins, il était impossible de penser à convenir de tels accords entre concubins » : Jean SYLVESTRE, « Les accords entre concubins », (1981) *C.P. du N.* 197.
16. Sur le statut juridique de l'enfant naturel, voir Jean PINEAU, « La situation juridique des enfants nés hors mariage », (1973) 8 *R.J.T.* 209 et Jean-Louis BAUDOUIN, « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel », (1966) 12 *R.D. McGill* 157.
17. Pour un exposé sur les différentes catégories d'« enfants naturels » prévues par le C.c.B.C., voir Jean PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil. La Famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 127 et s.
18. Jean PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil. La Famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 137.
19. Seule une obligation alimentaire limitée était imposée aux parents de l'enfant naturel : C.c.B.C., art. 240. Ce n'est qu'en 1970 que les parents furent formellement soumis au devoir d'entretien et d'éducation à l'égard de leur enfant naturel : *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, L.Q. 1970, c. 62.
20. C.c.B.C., art. 598 et 606. Les enfants naturels pouvaient cependant recevoir par testament, en vertu du principe de la liberté de tester. Toutefois, comme l'écrit André Cossette, « [...] rares sont les testateurs qui iront, par leur testament, rendre public un fait qui n'est connu que par eux et qui, par surcroît, viendrait ternir la bonne réputation qu'ils avaient de leur vivant, car, il faut se rappeler que la naissance d'un enfant hors mariage était encore considérée, jusqu'à récemment, comme étant le signe visible d'un dérèglement des mœurs, le résultat d'un acte méprisable... » : André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N.* 43, 48.
21. L'expression est de Jean-Louis BAUDOUIN : « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel », (1966) 12 *R.D. McGill* 157, 158. Notons que l'enfant naturel pouvait être légitimé par le mariage subséquent de ses parents : C.c.B.C., art. 237.

contraire aux bonnes mœurs, refus d'encourager la prolifération des unions libres, etc.[22].

Il fallut attendre la réforme du droit de la famille de 1980 (introduite par la Loi 89)[23] pour que l'union de fait fasse officiellement son entrée dans la licéité. Une entrée toute en douceur provoquée par l'abrogation des dispositions de l'article 768 C.c.B.C. prohibant les donations entre les concubins[24]. Aux yeux des commentateurs, la disparition de ces dispositions a marqué la fin d'une époque et le début d'une autre. En éliminant du Code la dernière limite à la liberté contractuelle des conjoints de fait, le législateur leur conférait le bénéfice d'en appeler au droit pour encadrer leur relation[25]. Désormais, de telles conventions seraient jugées valides et exécutoires devant les tribunaux, sans que l'on ne puisse y voir une atteinte directe ou indirecte à l'ordre public et aux bonnes mœurs[26].

À première vue, l'intervention du législateur québécois parait bien timide. Bien que les conjoints de fait se soient vus octroyer le droit de convenir d'ententes, le législateur n'a pas pour autant reconnu d'effets juridiques à leur relation. Alors même qu'il se laissait convaincre de consolider les effets générés par le mariage par l'adoption d'un nouveau régime primaire[27], le législateur n'aura prévu aucune obligation mutuelle entre conjoints de fait.

---

22. Jean-Louis BAUDOUIN, « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel », (1966) 12 *R.D. McGill* 157, 158.
23. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.
24. *Ibid.*, art. 35. Évidemment, l'institution du principe d'égalité entre les enfants (consacré à l'article 594 C.c.Q., aujourd'hui l'article 522) participent également de l'élévation juridique de l'union de fait. Le professeur Goubau écrit en ce sens : « En affirmant clairement le principe de l'égalité juridique de tous les enfants quelles que soient les conditions de leur naissance, le Code civil reconnaît du même coup que le mariage n'est plus le cadre obligé de la famille. D'autre part, la consécration du principe de l'égalité des enfants a pour conséquence que les droits des enfants nés hors mariage sont identiques à ceux des enfants qui étaient qualifiés autrefois de « légitimes », avec des conséquences importantes dans différents secteurs du droit civil où traditionnellement le statut des enfants naturels (« illégitimes ») était caractérisé par une quasi-absence de droits [...] » : 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, 13.
25. D'aucuns ont vu dans l'abrogation de l'article 768 C.c.B.C. une manifestation du droit à l'égalité garanti par la charte québécoise des droits et libertés adoptée quelques années plus tôt : André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N.* 43.
26. Soulignons toutefois que l'article 768 C.c.B.C. faisait déjà, depuis quelques années, l'objet d'une interprétation restrictive de la part des tribunaux. Ainsi, dans *Belleau* c. *Carrier*, [1971] C.A. 58, la Cour d'appel limitait la portée de la disposition aux seules donations entre ex-concubins, considérant de ce fait valides les donations entre concubins faisant toujours vie commune. Voir sur la question Michelle GIROUX et Anouk LAURENT, « L'union de fait en droit québécois », (1989) 20 *R.G.D.* 129, 135-136. Voir également Michel LÉGARÉ, « Libérations des donations entre vifs entre concubins », (1977) 79 *R. du N.* 278.
27. *Du mariage*, art. 115 à 185 (numérotation de 1980).

D'aucuns ont pu voir dans cette retenue la manifestation d'un manque d'égard, voire d'une méfiance toujours vive à l'égard de l'union de fait[28]. Les conjoints de fait, ont-ils pu croire, ne méritaient pas la protection de la loi. L'analyse des travaux parlementaires qui ont précédé l'entrée en vigueur de la réforme permet de relativiser cette impression. Après avoir déclaré devant l'Assemblée nationale que la nouvelle loi s'attachait, dans tous ses aspects, à concrétiser l'affirmation et la protection de la dignité, de la liberté et de l'égalité des membres de la famille, le ministre de la Justice de l'époque, Marc-André Bédard, ajoutait :

> Une autre application concrète du principe de liberté des individus dans le choix de la forme d'organisation de leur cellule familiale doit également exister à l'égard de l'union de fait. Lors de la commission parlementaire de la justice sur la réforme du droit de la famille en mars 1979, la plupart des mémoires soumis demandaient aux législateurs de respecter cette volonté des couples non mariés de distinguer leur choix de formule de vie par rapport au mariage. Il nous a donc paru opportun de ne pas intervenir à l'égard de ce mode de vie librement décidé ; il n'y a donc pas lieu de l'institutionnaliser ou de le réglementer. Par ailleurs, dans la logique du respect absolu de cette formule, il a paru raisonnable de placer les personnes vivant en union de fait sur le même pied que les autres justiciables en proposant d'abolir les restrictions que leur impose l'article 768 du Code civil qui limite leur droit de se faire des donations[29].

28. Voir, en ce sens, Michelle GIROUX et Anouk LAURENT, « L'union de fait en droit québécois », (1989) 20 *R.G.D.* 129, 135 et 142 : « Il n'est pas étonnant de constater le quasi-silence du législateur dans les codes civils parce que le droit civil se veut l'organisation législative d'une société qui préfère encore le mariage au concubinage. [...] Le législateur a choisi de ne pas institutionnaliser l'union de fait, favorisant ainsi le mariage ». D'autres conçoivent plutôt l'intervention du législateur sous l'angle de l'indifférence : 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, 11. Commentant la même dynamique législative, le député de Rimouski, Alain Marcoux, parle plutôt de « reconnaissance » : « Un autre point qui m'apparaît important, dans la loi et qui, je pense, est très sage, c'est de reconnaître un fait. Il y a des unions de fait, des couples qui vivent ensemble, qui ont choisi de vivre ensemble sans faire reconnaître légalement cette union. On respecte ce choix, on admet légalement qu'il y a des gens qui souhaitent demeurer ensemble, être unis, mais sans vouloir faire reconnaître juridiquement ce fait. Par contre, dans le droit actuel, ces couples ne pouvaient pas se faire des donations réciproques. On enlève, en somme, cette chose qui était interdite et on la rend possible ; par ceci, je pense qu'on accroît, dans notre droit familial, un élément de justice » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 4 décembre 1980, nº 15, p. 645.
29. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats,* 4 décembre 1980, nº 15, p. 608 (adoption du projet de loi 89 en deuxième lecture). Cette position a reçu l'aval du chef de l'Opposition officielle de l'époque, Claude Ryan. À la page 663, celui-ci s'exprime ainsi : « Sur l'union de fait, par conséquent, je pense qu'il faut procéder avec beaucoup de prudence. Si les personnes ne veulent pas conférer elles-mêmes un caractère juridique ou légal à leur union, il ne peut pas être question de le leur imposer de force, non plus ».

Il est donc faux de prétendre que le législateur a ignoré l'union de fait en s'abstenant d'établir toute forme d'obligations entre conjoints de fait. Son abstention témoigne plutôt d'une vision clairement orientée vers le respect de leur autonomie et de leur liberté[30]. Une vision dont le caractère éclairé semble par ailleurs difficilement contestable, l'idée d'assujettir les conjoints de fait à différentes obligations mutuelles (dont l'obligation alimentaire)[31] ayant été proposée par l'Office de révision du Code civil dans son rapport final déposé en 1977[32], puis ouvertement et longuement discutée en 1979 devant la Commission permanente de la Justice chargée d'en analyser le contenu[33].

30. Dans l'affaire *Miron* c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, 450, le juge Gonthier semble reconnaître cet état de fait : « Je trouve intéressantes, également, certaines observations du procureur général du Québec, qui a expliqué que l'on avait décidé, lors de la grande réforme du droit de la famille au Québec en 1980, de ne pas étendre aux couples non mariés les droits et obligations rattachés au mariage ; cette décision a été prise pour respecter le choix des couples non mariés, non pour les stigmatiser ». Deux des principaux responsables de la réforme de 1980 à la direction de la législation ministérielle du ministère de la Justice du Québec partagent également cette vue. Ainsi, écrit Marie-José Longtin : « La Loi n'a pas voulu traiter de l'union de fait comme un mariage consensuel et lui attacher certains effets stricts. Elle a opté plutôt pour reconnaître aux concubins une entière liberté sur l'aménagement de leur relation, respectant ainsi un mode de vie qui se veut – par choix ou par la force des choses – hors la loi du mariage. La Loi cependant laissera ouverture à des ententes possibles entre concubins sans imposer de modèles ou de règles, mais elle se permettra, dans certaines circonstances particulières, de reconnaître le fait de l'union et de lui attacher certains effets, notamment en matière de droit social. » : Marie-José LONGTIN, « Les lignes de force de la *Loi 89 instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* », (1981) 22 *C. de D.* 297, 302. Dans le même sens, André Cossette observe : « Toute la réforme du droit de la famille s'est inspirée de deux grands principes : l'égalité de l'homme et de la femme entre eux et devant la loi et la liberté des personnes dans la façon d'organiser leurs relations familiales. Le législateur québécois a donc choisi de n'imposer aucune contrainte aux concubins, de ne pas définir cette situation et de ne pas les assimiler à des époux. D'autre part, en abrogeant la prohibition des donations entre concubins, le concubinage perd son caractère péjoratif et n'est plus considéré comme contraire aux bonnes mœurs. Il est entré dans le domaine du licite. » : André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N.* 42, 52-53.
31. Il était également proposé d'instituer le principe de la responsabilité commune à l'égard des dettes du ménage, de même qu'une obligation de contribution proportionnelle aux charges du ménage. Des droits successoraux réciproques et une présomption de paternité étaient également envisagés.
32. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Volume II – Commentaires, tome 1, livres 1 à 4, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 115 et 208. On notera que les membres du Comité du droit des personnes et de la famille de l'Office étaient profondément divisés sur la pertinence d'introduire une telle obligation alimentaire entre conjoints de fait : COMITÉ DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE DE L'OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur la famille*, Première partie, 1974, Québec, p. 296-298.
33. L'article 338 du projet se lisait ainsi : « Les époux de fait se doivent des aliments tant qu'ils font vie commune. Toutefois, le tribunal peut, si des circonstances exceptionnelles le justifient, ordonner à un époux de fait de verser des aliments à l'autre après la cessation de la vie commune » : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Projet de loi portant sur la réforme du droit de la famille*, 1979. Notons que la notion d'« époux de

(à suivre...)

Si l'on s'en remet aux propos précités du ministre Bédard, il semble que la plupart des intervenants entendus par la Commission permanente de la Justice aient dénoncé la proposition de l'Office, et ce, au nom des principes d'égalité et de liberté de choix[34]. L'opposition la plus remarquée fut incontestablement celle du Conseil du Statut de la femme, un organisme voué à la défense et à la promotion des droits des femmes. Dans son mémoire déposé en mars 1979, le Conseil écrivait :

> [...] cette attitude constitue une atteinte au principe du libre choix qui anime les conjoints de fait. Le [Conseil du statut de la femme] préconise qu'aucune obligation ne doive résulter de l'union de fait pour respecter la volonté des parties en cause. [...] Notre prise de position concernant l'union de fait repose sur une véritable reconnaissance de l'égalité des personnes et leur autonomie. C'est pourquoi il nous apparaît essentiel d'insister sur le non-institutionnalisation de ce genre d'union et de respecter la volonté des parties en présence[35].

(...suite)
fait » était consacrée à l'article 102 du rapport initial de l'ORCC (ensuite repris à l'article 49 du Rapport final de l'ORCC sur le *Code civil du Québec*, vol. I, Montréal, Éditeur officiel, 1977, p. 63, Livre II) : « Sont époux de fait deux personnes de sexe différent qui, sans être mariés l'une avec l'autre, vivent ensemble ouvertement comme mari et femme, d'une façon continue et stable ».

34. Les seuls intervenants qui ont rejeté la proposition pour des raisons d'ordre moral sont l'Association des parents catholiques (*Commentaires sur le projet de code civil en regard de la famille*, 5 mars 1979) et le professeur Ernest Caparros (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PERMANENTE DE LA JUSTICE, *Journal des débats*, 22 mars 1979, nº 17, p. B-835 à B-837). On notera également la teinte moraliste du mémoire de l'Assemblée des évêques du Québec qui proposait de considérer contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs les « contrats ayant pour but de créer ou de perpétuer le concubinage. » (*Lettre au président de la Commission permanente de la Justice*, 12 mars 1979, p. 10).

35. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, 20 février 1979, p. 23-24. Notons que le C.S.F. a réitéré sa position en 1988 lors des travaux parlementaires entourant l'adoption des dispositions sur le patrimoine familial (voir *infra*, note 48). Dans le même sens, on peut noter la position du Comité national de la condition féminine du Parti Québécois (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PERMANENTE DE LA JUSTICE, *Journal des débats*, 15 mars 1979, nº 12, p. B-636) ; celle du Comité de condition féminine de la CSN (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PERMANENTE DE LA JUSTICE, *Journal des débats*, 27 mars 1979, nº 24, p. B-1171 et B-1172) ; celle de la Fédération des femmes du Québec (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PERMANENTE DE LA JUSTICE, *Journal des débats*, 27 mars 1979, nº 24, p. B-1183 et B-1184) et celle du Réseau d'action et d'information pour les femmes (qui semble toutefois admettre le principe d'une compensation financière destinée au conjoint de fait qui se voit octroyer la garde d'un enfant) (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PERMANENTE DE LA JUSTICE, *Journal des débats*, 28 mars 1979, nº25, p. B-1209). Le R.A.I.F. a réitéré sa position en 1988 lors des travaux parlementaires entourant l'adoption des dispositions sur le patrimoine familial (voir *infra*, note 48). Voir également la position des Organismes familiaux associés du Québec (ORGANISMES FAMILIAUX ASSOCIÉS DU QUÉBEC, *Mémoire de l'O.F.A.Q.*, février 1979, p. 19). D'autres, au contraire, se sont montrés favorables à la proposition
(à suivre...)

La question de l'organisation juridique de l'union de fait refit par ailleurs surface à quelques reprises devant la Commission permanente de la Justice chargé d'étudier le projet de loi article par article. S'intéressant au champ d'application des nouvelles mesures de protection de la résidence principale appartenant aux époux, le ministre de la Justice fut interpelé par le député Herbert Marx en ces termes :

> **M. Marx** : Avant de passer à l'article suivant, j'aimerais soulever un problème. Je ne sais pas si c'est le moment. Je vois ici, dans cette section du Code civil, qu'on va protéger les conjoints mariés. Je ne vois aucune protection pour des conjoint qui vivent en union de fait [...].
>
> **M. Bédard** : C'est un choix qui a été fait de ne pas réglementer l'union de fait. Je l'ai expliqué dans mon discours de deuxième lecture. La base de la décision est le respect des personnes qui ont décidé, mutuellement, de consentement, d'adopter un genre de vie, je pense qu'il y a eu plusieurs représentations dans le sens, justement, de ne pas réglementer le cas. C'était un choix de vie.
>
> [...]
>
> **M. Marx** : Si j'ai bien compris la politique du gouvernement, c'est de ne pas protéger les unions de fait dans cette section du Code civil.
>
> [...]
>
> **M. Bédard** : ... c'est de ne pas réglementer l'union de fait en respectant le choix de vie que ces personnes ont fait[36].

(...suite)
d'encadrer les rapports des conjoints de fait. Ainsi, la Commission des services juridiques recommanda l'établissement d'une obligation alimentaire encore plus large que celle proposée dans le projet de loi, tout en plaidant en faveur d'un partage égalitaire des biens acquis durant l'union de fait (COMMISSION DES SERVICES JURIDIQUES, *Mémoire présenté à la Commission Permanente de la Justice sur le Rapport de l'Office de Révision du Code Civil traitant de la Réforme du droit de la famille*, 21 février 1979. p. 13-19). Pour sa part, le Barreau plaida en faveur d'un régime supplétif auquel les conjoints de fait pourraient déroger par convention (BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, mars 1979, p. 52. Pour un avis favorable à la proposition, voir également les propos tenus par les Femmes diplômées des universités (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PERMANENTE DE LA JUSTICE, *Journal des débats*, 15 mars 1979, nº 12, p. B-645), par la Ligue des droits et libertés, (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PERMANENTE DE LA JUSTICE, *Journal des débats*, 22 mars 1979, nº 17, p. B-825-B-826) et par la Chambre des notaires du Québec (CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire sur la résidence familiale – Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme du droit de la famille (Projet de loi 89)*, Montréal, novembre 1980.

36. Le caractère éclairé de ce choix a été questionné quelques jours plus tard par la députée Thérèse Lavoie-Roux. Lors des travaux de la Commission permanente de la Justice, celle-ci s'est adressée au ministre Bédard en ces termes : « Je me souviens d'un groupe en particulier qui disait que les unions de fait étaient une forme de vie
(à suivre...)

> [...]
>
> **M. Bédard** : À la suite des représentations faites, la décision est de les laisser libres et de ne pas les réglementer[37].

Le projet de loi 89 fut finalement adopté à l'unanimité en troisième lecture par l'Assemblée nationale le 19 décembre 1980[38], sans qu'aucune nouvelle disposition n'ait été ajoutée à l'égard des conjoints de fait. L'entrée en vigueur de l'article 35 instaurant une totale liberté contractuelle au bénéfice des conjoints de fait par l'abrogation de l'article 768 C.c.B.C. eut lieu quelques mois plus tard, soit le 2 avril 1981[39].

Les écrits produits au lendemain de la réforme témoignent d'une grande réceptivité face au changement d'attitude manifesté par le législateur québécois à l'égard de l'union de fait. Ainsi, plusieurs auteurs se sont-ils empressés de promouvoir la mise en œuvre d'une nouvelle pratique axée sur la rédaction d'accords entre conjoints de fait[40]. À l'occasion des cours de perfectionnement du notariat de 1981 consacrés aux incidences de la Loi 89 sur la pratique notariale, le professeur Marcel Guy déclarait :

> Ainsi, le concubinage n'est plus perçu par le législateur comme un dérèglement des mœurs ou une atteinte à l'institution du mariage. Les concubins deviennent alors

(...suite)
librement choisie. [...] Par contre, moi-même et la députée des Îles-de-la-Madeleine nous étions inquiétées des personnes qui, souvent sont beaucoup plus démunies et qui vivent en union de fait sans avoir nécessairement fait le cheminement. [...] Bien des gens se trouvent mis dans une situation d'union de fait sans avoir fait ce même cheminement théorique, intellectuel [...] que certaines femmes professionnelles peuvent faire plus facilement ou d'autres femmes qui ont eu plus de chance dans la vie » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PERMANENTE DE LA JUSTICE, *Journal des débats*, 16 décembre 1980, nº 17, p. B-1035.

37. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PERMANENTE DE LA JUSTICE, *Journal des débats*, 11 décembre 1980, nº 15 p. B-300. Aux termes de la discussion, l'analyse de l'article a été suspendue, le ministre ayant accepté d'analyser la possibilité d'étendre les mesures de protection aux conjoints de fait ayant des enfants : voir p. B-304-305. Voir également les discussions tenues devant la Commission de décembre 1980 (p. B-1033 et s.). Voir enfin les propos de la députée Thérèse Lavoie-Roux lors de l'adoption du projet de loi 89 en troisième lecture : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 19 décembre 1980, p. 1260. Notons que certains organismes avaient préalablement proposé d'étendre les mesures de protection de la résidence familiale aux conjoints de fait : Voir Chambre des notaires du Québec, *Mémoire sur la résidence familiale – Projet de loi 89,* Novembre 1980, Montréal, p. 25 et p. 31.
38. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 19 décembre 1980, nº 26, p. 1269-1271.
39. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme au droit de la famille*, projet de loi 89, L.Q. 1980, c. 39, art. 75.
40. Le notaire Jean Sylvestre écrit : « La porte est large ouverte à l'imagination des rédacteurs d'actes, et des notaires en particulier, qui pourront désormais, sous la seule restriction des dispositions de l'article 13 C.c.B.C., prévoir de multiples conventions et accords entre personnes vivant en union libre » : Jean SYLVESTRE, « Les accords entre concubins », (1981) *C.P. du N.* 197.

> aussi libres que quiconque de conclure entre eux les ententes les plus inédites que permet l'exercice de la liberté contractuelle. Il faut espérer que le tribunal, libéré du poids de l'article 768 C.c.B.C., accueillera avec autant d'ouverture les accords des concubins qui respecteront par ailleurs les impératifs généraux de l'ordre public et des bonnes mœurs[41].

Dès 1985, la Chambre des notaires mit à la disposition de ses membres deux modèles de convention d'union de fait. Le premier, dit « participatif », prévoyait l'établissement de différentes obligations de nature économique entre les conjoints de fait, tandis que le second, dit « autonomiste », confirmait plutôt l'absence de tout rapport juridique entre eux[42]. Dans les années subséquentes, plusieurs juristes s'employèrent à promouvoir les conventions d'union de fait, considérant le recours au cadre contractuel comme étant un moyen efficace d'assurer le règlement équitable d'une éventuelle rupture de l'union de fait[43]. Après quelques hésitations, les tribunaux ont reconnu la pleine validité de telles ententes, que ce soit aux fins d'établir des mesures de protection de la résidence familiale appartenant à l'un des conjoints de fait, une obligation alimentaire au profit de conjoint dépendant ou un partage de biens calqué sur ceux que prévoit le Code civil en matière matrimoniale[44].

---

41. Marcel GUY, « Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89 », (1981) 1 *C.P. du N.* 157, 164. Le souhait du professeur Guy semble avoir été exaucé. Dans l'affaire *Droit de la famille – 2760*, [1997] R.D.F. 720, 727 (C.S.), le juge écrit à propos des conventions d'union de fait : « Un tel engagement ne viole nullement la loi ni l'ordre public puisque, depuis l'abrogation de l'article 768 C.c.B.C., le concubinage n'est plus considéré comme contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. [...] Les concubins, du choix du législateur, ne sont soumis à aucun régime juridique particulier. Ils jouissent de toute la liberté contractuelle possible en matière de convention et de contrat. Chacun est donc libre de se créer ses obligations et d'en déterminer l'entendue. ».
42. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Le concubinage », *Les Cahiers*, vol. 8, nº 1A, mars 1985, nºs 77 et s.
43. Voir André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N.* 42, 54 ; Marc GAUTHIER, « L'union libre, un état de fait ou un état ambigu ? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Nouveaux développements en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 225, à la p. 226 ; Denis LAPIERRE, « Les contrats de vie commune », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 59 ; Brigitte LEFEBVRE, « Le traitement juridique des conjoints de fait : deux poids, deux mesures ! », (2001) 1 *C.P. du N.* 223 ; Nataly CARRIER, « La convention de vie commune au Québec : palliatif à l'absence de législation », dans Jacques BEAULNE et Michel VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial : rencontres universitaires belgo-québécoises*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 239.
44. Voir *Droit de la famille – 2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.) (protection de la résidence familiale et obligation alimentaire) ; *Droit de la famille – 3162*, J.E. 98-2333 (C.S.) (obligation alimentaire) ; *Couture* c. *Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée le 3 octobre 2003, nº 28896), commenté par Alain ROY, « La liberté contractuelle des conjoints de fait réaffirmée par la Cour d'appel... Un avant-goût des jugements à venir ? », (2002) 103 *R. du N.* 1. Pour une revue des différents jugements portant sur la validité des conventions entre

(à suivre)

2. L'institution du patrimoine familial (1989) : la question de l'union de fait à l'ordre du jour

En 1989, le législateur du Québec adoptait la *Loi 146 introduisant au Code civil les dispositions relatives au patrimoine familial*[45]. Par ces nouvelles mesures, le législateur entendait consacrer l'entreprise commune qu'est le mariage et, incidemment, assurer un plus grand équilibre économique entre époux, indépendamment des termes de leur régime matrimonial. Dès le 1er juillet 1989, l'ensemble des époux québécois furent donc assujettis à l'obligation de partager, au moment d'une rupture ou d'un décès, la valeur des résidences de la famille, des meubles du ménage, des véhicules automobiles servant aux déplacements de la famille et des régimes de retraite privés et publics acquis ou accumulés par l'un ou l'autre d'entre eux durant le mariage.

Le document de consultation sur les droits économiques des conjoints[46] qui a servi de base à la rédaction du projet de loi 146 ne proposait ni directement ni indirectement de modifier la situation juridique des conjoints de fait[47]. Tel n'était pas véritablement l'enjeu au centre de la démarche gouvernementale. Dans ce contexte, on comprend ce pourquoi la très grande majorité des mémoires déposés devant la Commission des institutions par les organismes, groupes et autres personnes intéressées par les mesures de redressement économique entre époux ne contenait aucun développement spécifique sur l'union de fait[48].

(...suite)
conjoint de fait, voir Jean-Pierre SENÉCAL (texte mis à jour par Murielle DRAPEAU), « L'union de fait ou le concubinage », *Droit de la famille québécois*, Farnham, Publications CCH, 2007, p. 1217 et s.

45. *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. Les dispositions relatives au patrimoine familial se trouvaient initialement aux articles 462.1 et s. C.c.Q. On les retrouve aujourd'hui aux articles 414 et s. C.c.Q.
46. Herbert MARX (ministre de la Justice) et Monique GAGNON-TREMBLAY (ministre déléguée à la Condition féminine), *Les droits économiques des conjoints*, Document présenté à la consultation, Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, Sainte-Foy, juin 1988.
47. La seule référence aux conjoints de fait apparaît à la page 8 du document de consultation : « On ne saurait non plus ignorer le fait que notre droit familial relatif aux conjoints ne s'adresse qu'aux époux, non pas aux conjoints de fait, et qu'il réserve à ceux-ci, en raison surtout de la multiplicité des situations et de l'absence de données précises relativement à cette question, une entière liberté dans l'aménagement de leurs rapports. Toute option législative doit tenir compte de l'effet qu'elle peut entraîner sur le droit fondamental des personnes de choisir entre le mariage et l'union de fait. Or, force est de reconnaître que cette alternative au mariage qu'est l'union de fait est de plus en plus répandue. »
48. Seulement 7 mémoires sur les 26 déposés contenaient certaines énonciations sur l'encadrement juridique de l'union de fait. Parmi les 7 mémoires, on notera celui du Conseil du statut de la femme qui réitéra son opposition à toute forme d'encadrement juridique de l'union de fait (CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire du Conseil du statut de la femme présenté lors de la consultation générale sur les droits*
(à suivre...)

Lors des auditions publiques d'octobre 1988, l'une des ministres responsables du projet de loi, la ministre déléguée à la condition féminine Monique Gagnon-Tremblay, se permit toutefois de sonder l'opinion des différents intervenants concernant l'idée d'édicter des obligations entre conjoints de fait[49]. Certains lui ont clairement mentionné qu'ils ne pouvaient se prononcer valablement sur cette question, le sujet n'ayant pas été débattu au sein de leur organisme[50]. D'autres ont plutôt pris spontanément position en faveur[51] ou en défaveur[52]

(...suite)
économiques des conjoints, août 1988, p. 40). On notera également celui du Réseau d'action et d'information pour les femmes qui reprit, en l'élargissant, sa proposition présentée lors de la réforme de 1980 de réglementer l'union de fait avec enfants (RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Les droits économiques des conjoints : une réforme en peau de chagrin*, septembre 1988, p. 16-17). Les autres intervenants s'étant prononcés sur la question de l'union de fait dans leur mémoire (tous en faveur d'un encadrement juridique de l'union de fait), signalons Marthe Vaillancourt (Marthe VAILLANCOURT, *Mémoire*, Chicoutimi, 27 septembre 1988, p. 3) ; Edmont D. Pinsonnault (Edmond D. PINSONNAULT, *Mémoire*, 24 août 1988, p. 4) ; Fédération de la famille de Québec (FÉDÉRATION DE LA FAMILLE DE QUÉBEC, *Mémoire*, 16 septembre 1988, p. 2) ; Fédération nationale des associations de consommateurs (FÉDÉRATION NATIONALE DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS, *Mémoire de la FNACQ concernant le document « Les droits économiques des conjoints »*, Montréal, septembre 1988, p. 3-4 et 7).

49. Les propos de la ministre lors de l'adoption de principe du projet de loi 146 par l'Assemblée nationale en témoignent : « Les membres de cette commission devaient enfin s'enquérir auprès des intervenants de la pertinence de légiférer pour englober les conjoints de faits » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 8 juin 1989, nº 125, p. 6485.
50. Tel est le cas du Projet-Partage (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 12 octobre 1988, nº 28, p. CI-1149-1150) ; de la Tribune unique et populaire d'information juridique (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 13 octobre 1988, nº 29, p. CI-1185-1186) ; du Mouvement des Caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 18 octobre 1988, nº 30, p. CI-1219) ; du Cercle des fermières du Québec (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 19 octobre 1988, nº 31, p. CI-1251) ; de l'Association féminine d'éducation et d'action sociale (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 1 octobre 1988, nº 31, p. CI-1276) ; de la Fédération des travailleurs du Québec (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 19 octobre 1988, nº 31, p. CI-1284-CI-1285) et de la Commission des services juridiques (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 20 octobre 1988, nº 32, p. CI-1302-CI-1304).
51. Fédération des associations de familles monoparentales du Québec, mais dans la mesure où il y a des enfants issus de l'union de fait (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 20 octobre 1988, nº 32, p. CI-1312-CI-1314) et Fédération des femmes du Québec, également dans la mesure où il y a des enfants issus de l'union de fait (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 20 octobre 1988, nº 32, p. CI-1338).
52. Femmes regroupées pour l'accessibilité au pouvoir politique et économique (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS,
(à suivre...)

d'une réglementation de l'union de fait, mais sans que l'on ne puisse nécessairement voir dans leurs propos autre chose qu'une opinion personnelle émise sans égard à la position qu'aurait pu adopter l'organisme représenté, le cas échéant[53]. D'autres encore ont souligné la nécessité d'instruire davantage les conjoints de fait sur leur situation juridique de manière à ce que leur décision de vivre ainsi leur conjugalité soit prise en toute connaissance de cause[54].

En conclusion des travaux de la commission parlementaire, la députée Louise Harel proposa la création d'un comité interministériel chargé d'étudier la situation juridique des conjoints de fait :

> [...] nous pensons que légiférer en ces matières n'amoindrit pas pour autant l'urgence et l'importance d'examiner l'ensemble des protections qui doivent être accordées à l'égard de toutes les familles, indépendamment de l'état civil des parents et indépendamment du statut conjugal des parents. Le ministre de la Justice avait raison d'appeler le patrimoine familial « patrimoine commun » puisque, en l'appelant patrimoine familial, c'est comme si on souscrivait à l'opinion voulant que les familles doivent être confondues avec le mariage. Nous savons pourtant qu'il n'en est rien et que, même si elles doivent être examinées et étudiées avec toute la réserve que la situation commande, le nombre grandissant de naissances hors mariage nous amène à considérer tout urgent l'examen de ces questions. Alors, nous proposons qu'un comité interministériel obtienne immédiatement le mandat d'examiner à la fois le statut des conjoints de fait dans nos lois sociales, fiscales, familiales et autres, tout en examinant la nécessaire protection familiale quel que soit le statut conjugal des parents qui cohabitent. J'ai senti, tout au cours de ces travaux, le besoin de plus en plus évident d'harmoniser des lois qui sont de plus en plus incohérentes dans leur application [...]. On pourrait évidemment – ce qui n'est pas mon intention – faire une liste impressionnante de ces incohérences qu'on retrouve dans les diverses lois, qu'elles soient familiales, fiscales, sociales ou autres. Nous

(...suite)
Journal des débats, 13 octobre 1988, nº 29, p. CI-1176) ; Professeur Roger Comtois (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 13 octobre 1988, nº 29, p. CI-1197-CI-1198), Professeur Pierre Issalys (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 19 octobre 1988, nº 31, p. CI-1293) et Chambre des notaires du Québec ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 20 octobre 1988, nº 32, p. CI-1319).

53. Les échanges intervenus avec les représentants du Barreau du Québec et avec William M. Mercer Ltée ne nous permettent pas de déduire leur position sur la question (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 19 octobre 1988, nº 31, p. CI-1243-CI-1245 et CI-1262-CI-1265).

54. Voir l'échange entre la ministre Gagnon-Tremblay et la représentante du Conseil du statut de la femme, Mme Olivier : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 12 octobre 1988, nº 28, p. CI-1134-CI-1135 et celui entre la députée Harel et les représentants de la Commission des services juridiques, M. Lafontaine et Mme Pilon : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 20 octobre 1988, nº 32, p. CI-1302-CI-1304.

> pensons qu'il est d'autant plus important d'étudier cette question que nous avons pu élucider au cours des travaux de notre commission que les jeunes couples choisissent de plus en plus de vivre en union de fait [...][55].

Le projet de loi demeura néanmoins inchangé, le champ d'application du patrimoine familial restant limité aux seuls époux. Lors de l'adoption de principe du projet par l'Assemblée nationale, la ministre Gagnon-Tremblay justifia ainsi l'exclusion des conjoints de fait :

> Les dispositions sur le patrimoine familial affectent les époux, mais elles ne visent d'aucune façon les conjoints de fait, même dans le cas où ces derniers auraient des enfants. Il va de soi que dans la mesure où les conjoints de fait ne sont pas assimilés, par le Code civil, à des époux, en ce qui concerne leurs droits et obligations entre eux, notamment pour ce qui est de l'obligation de secours et d'assistance, nous voyons mal comment nous pourrions leur appliquer les règles sur le patrimoine familial. Cette question devra être discutée de nouveau, et ce, de façon globale. Il faut cependant noter que les conjoints de fait peuvent toujours convenir entre eux de régimes ou de règles similaires à celles qui concernent les époux au *Code civil du Québec*, notamment ils pourraient donc être assujettis au règles sur le patrimoine familial. [...] On peut facilement, quant aux couples mariés, connaître leurs motivations et aspirations, puisque ceux-ci choisissent une forme d'union qui est reconnue socialement et législativement. Ce n'est pas le cas des personnes vivant en union de fait. [...]. Aux plans juridique et social, il faut aussi considérer que l'application, sans distinction, aux concubins des règles du mariage, aurait pour effet d'assimiler les deux formes d'union, ce que nous avons rejeté, en 1980, lorsqu'on a débattu de cette question. Une telle assimilation ne serait pas sans conséquence, quel serait alors le sens du mariage ou la valeur civile du mariage religieux et quelle serait la forme d'union développée par ceux qui ne veulent pas être réglementées[56] ?

---

55. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 20 octobre 1988, nº 32, p. CI-1348 à CI-1349. De retour devant la Commission des Institutions pour l'étude détaillée du projet de loi, Mme Harel précisa dans les termes suivants sa pensée sur les protections de droit civil dont pourraient éventuellement profiter les conjoints de fait en suggérant d'élargir le champ d'application de l'obligation alimentaire : « En vertu des dispositions du Code civil, il y a une obligation alimentaire seulement en ligne directe et dans le mariage. Je souhaite qu'on arrive à une obligation alimentaire entre conjoints de fait quand il y a la présence d'enfants issus de l'union. Entre adultes consentants qui habitent ensemble, est-ce qu'il faut introduire une obligation alimentaire ? Je n'en suis pas certaine parce qu'ils décident ensemble et il n'y a pas d'enfants victimes de ces choix [...] » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 8 juin 1989, nº 64, p. CI-2674.
56. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 8 juin 1989, p. 6487. Le professeur Goubau a par la suite fait remarquer que la politique autonomiste du gouvernement à l'égard des conjoints de fait s'oppose catégoriquement à l'approche interventionniste développée à l'égard des conjoints mariés : « On peut s'interroger sérieusement sur la pertinence actuelle de l'argument du respect de la volonté et de la liberté des conventions lorsqu'on constate que ces deux principes ont précisément

(à suivre...)

Reprenant l'idée soumise plus tôt par la députée Harel de créer un comité interministériel sur la question, la ministre conclut en ces termes :

> En conséquence et en l'absence d'études plus approfondies du phénomène, il nous semblait, à ce moment-ci, inopportun de légiférer sur les rapports civils des concubins. Nous avons donc proposé qu'un groupe de travail interministériel soit formé et que ce groupe ait le mandat d'analyser la question et de faire effectuer les recherches sociologiques nécessaires afin d'éventuellement apporter, s'il y a lieu, les corrections législatives appropriées[57].

Le projet de loi 146 fut adopté en troisième lecture à l'unanimité par l'Assemblée nationale le 21 juin 1989[58]. Les nouvelles règles entrèrent en vigueur le 1er juillet suivant[59].

3. La réforme du Code civil du Québec (1991) : la confirmation d'un choix de société

En 1991, l'Assemblée nationale du Québec adoptait le projet de loi 125 introduisant le nouveau *Code civil du Québec*[60]. Par ce projet de loi, le législateur entendait parachever la grande réforme du droit civil qu'il avait amorcée en 1980 en matière familiale. Évidemment, le projet de loi 125 ne proposait que très peu de modification au droit de la famille, l'essentiel des règles adoptées 11 ans plus tôt n'ayant pas encore subi l'usure du temps. Lors de l'adoption du projet de loi le 4 juin 1991 (adoption du principe), le ministre de la Justice de l'époque, Gil Rémillard, fut toutefois interpellé par l'Opposition officielle au sujet de l'organisation juridique de l'union de fait. S'interrogeant sur certaines problématiques « ignorées » par le projet de réforme, la députée Louise Harel déclara en chambre :

(...suite)
été mis de côté à l'occasion de la création du patrimoine familial obligatoire. [...] Que l'on soit partisan ou adversaire des règles du patrimoine familial obligatoire, on ne peut que constater que le législateur n'a pas, à l'égard des gens mariés, la même conception de l'autonomie de la volonté qu'à l'égard des concubins » : Dominique GOUBAU, « Le *Code civil du Québec* et les concubins », (1995) 74 *Rev. du Bar. can.* 474, 476, note 6.

57. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 8 juin 1989, p. 6487. Une décision du Conseil des ministres (89-73) en date du 3 mai 1989 donne suite à cette intention dans les termes suivants : « Le Conseil des ministres décide : [...] 3 – de confier au ministre de la Justice, au ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu et à la ministre déléguée à la condition féminine le soin d'entreprendre des études avec les ministres responsables de la famille et de la fiscalité sur la question de l'union de fait ».
58. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 21 juin 1989, nº 134, p. 7026-7027.
59. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, projet de loi 146, L.Q. 1989, c. 55, art. 47.
60. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

> Doit-il y avoir une réglementation minimum [sic] des effets de l'union de fait, notamment à l'égard de l'obligation de contribuer aux charges du ménage ? Cette réglementation minimum [sic] doit-elle également s'appliquer aux conjoints de même sexe[61] ?

La réponse du ministre de la Justice vint quelques semaines plus tard dans le cadre des travaux de la Sous-commission des Institutions. Le ministre se contenta de déclarer que les propositions inscrites au projet de Code civil étaient les mêmes que celles retenues en 1980 lors de l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*[62] :

> Dans le cadre de ma réflexion sur le projet de loi 125, il m'est apparu préférable comme principe de base d'assurer une plus grande protection des enfants dont les père et mère vivent en union de fait, quitte à développer des études qui ont été continuées par le gouvernement actuel sur l'ensemble de la situation des conjoints de fait, incluant les conjoints de même sexe[63].

Poursuivant dans la même veine, le ministre ajouta un peu plus tard :

> Pour ma part, ce que je trouve important, c'est de respecter la volonté de vivre en dehors de l'institution formelle du mariage, donc de se référer à une union libre. Si c'est libre, c'est parce que c'est basé sur une relation consensuelle qu'ils établissent comme ils veulent bien l'établir. Ça a moins de formalisme, ça a moins de sécurité sur certains aspects, mais ça a plus de liberté, plus de souplesse et c'est exactement ce que permet le Code avec ce que nous proposons[64].

C'est donc en ces termes que le ministre de la Justice manifesta l'intention du gouvernement de reconduire, dans le nouveau *Code civil du Québec*, la politique législative arrêtée 11 ans plus tôt à l'égard des conjoints de fait. Une politique, faut-il le rappeler, fondée sur le respect de la volonté de ceux et celles qui,

---

61. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 4 juin 1991, p. 8775. La députée Harel semblait avoir une opinion personnelle sur la question. En effet, lors des travaux de la commission parlementaire chargée d'étudier le projet de loi article par article, la députée référa en ces termes à la position du Conseil du statut de la femme : « J'imagine que le ministre avait déjà pris connaissance de ce mémoire préparé par le Conseil du statut de la femme sur le projet de loi 125 et déposé, je crois, à son ministère dès juillet dernier [...]. À la page 27 de ce mémoire, le Conseil du statut de la femme se réjouit du choix effectué par le législateur à l'effet de ne pas régir de façon particulière les rapports privés entre les conjoints de fait, *ce à quoi je souscris également, M. le Président* » (nos italiques) : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 19 novembre 1991, nº 22, p. SCI-856.
62. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.
63. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 27 août 1991, nº 3, p. CSI-45.
64. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 19 novembre 1991, nº 22, p. CSI-859.

expressément ou implicitement, ont choisi de vivre leur conjugalité en marge du mariage[65]. Une politique à laquelle certains intervenants de premier ordre renouvelèrent d'ailleurs leur appui. Dans son avis émis en juin 1991, le Conseil du statut de la femme déclarait :

> Le conseil du statut de la femme croit que le Code civil ne doit pas conférer à l'union libre les mêmes effets qu'il attribue au mariage. Il est d'avis que le mariage et l'union libre constituent des engagements différents. Il importe que cette différence soit respectée au nom de la liberté de choix des conjointes et des conjoints et de l'acceptation d'un certain pluralisme social[66].

Tout comme en 1980, l'abstention du législateur de réglementer les rapports entre conjoints de fait ne saurait donc, du moins en apparence, être envisagée sous l'angle de l'ignorance ou du déni de droit[67]. Cette assertion prend tout son sens lorsqu'on constate l'introduction ou la reconduction, lors de la réforme de 1991, de dispositions reconnaissant certains avantages aux conjoints de fait.

---

65. En Commission parlementaire, la députée Harel plaida en faveur d'une campagne d'information qui permettrait aux couples en union de fait de connaître leur véritable situation juridique : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 10 septembre 1991, nº 6, p. CSI-296-CSI-298. Notons que le Conseil du statut de la femme préconisait également la tenue d'une telle campagne d'information : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Les partenaires en union libre et l'État. Résumé de l'avis du Conseil du statut de la femme, juin 1991*, Québec, p. 9.
66. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Les partenaires en union libre et l'État. Résumé de l'avis du Conseil du statut de la femme, juin 1991*, Québec, p. 9. Notons cependant que le C.S.F. recommanda « [q]ue l'on étudie la possibilité de modifier le Code civil de façon à ce que, à la fin d'une union de fait, le tribunal puisse, dans l'intérêt des enfants, accorder à celui des parents qui en a la garde un droit d'occupation de la résidence familiale pour une durée déterminée ». *Ibid.*, p. 10 (Recommandation nº 8).
67. Il convient toutefois de souligner les propos du ministre de la Justice dans le cadre des travaux de la Sous-commission des Institutions. Parlant de la stabilité inhérente au mariage, favorisée à ses dires par le patrimoine familial, le ministre déclare : « Définitivement, dans le Code, nous prenons partie pour le mariage, dans ce sens que nous valorisons le mariage par certaines exigences et que, par conséquent, les gens choisissent le mariage qui implique ces exigences, implique une stabilité pour la famille. C'est toute la philosophie qu'il y a derrière la loi du patrimoine. Ceux qui ne veulent pas se marier, qu'ils ne se marient pas, mais pour ceux qui se marient, il y a des conséquences légales, et dans le Code c'est très clair » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 5 septembre 1991, nº 7, p. SCI-249-251. Dans le même sens, voir ses propos tenus le 19 novembre 1991, nº 22, p. SCI-856 : « Je me permets d'insister, M. le Président, sur le fait que le mariage est une institution formelle, à part [...] Pour recevoir une sécurité de vie commune, c'est le mariage qui est là. C'est l'institution de notre société, l'institution première, qui est le mariage. [...] le mariage est une institution, pour moi, qui est fondamentale, qui est formelle, que je dirais même sacrée dans notre société. L'union libre est là pour les gens qui veulent l'utiliser et c'est leur liberté de le faire. Respectons leur liberté et ne créons pas un régime matrimonial en dehors du mariage ».

On notera ainsi la modification apportée à l'article 555 C.c.Q. dans le but d'autoriser le « concubin »[68] à adopter l'enfant de son conjoint sur la base d'un consentement spécial[69]. On notera également le nouvel article 540 C.c.Q. précisant qu'un conjoint de fait qui ne reconnaît pas l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée à laquelle il a préalablement consenti engage sa responsabilité envers cet enfant et la mère qui lui a donné naissance[70].

Soulignons enfin la reconduction, en matière de logement locatif, du droit reconnu au « concubin » d'être maintenu dans les lieux loués à la suite d'une séparation ou du décès du conjoint locataire[71], de même que de la règle autorisant le « concubin » copropriétaire d'un immeuble avec son conjoint de reprendre possession d'un logement qui s'y trouve[72].

Mis à part ces références expresses au conjoint de fait, le législateur profita également de la réforme de 1991 pour adopter des dispositions générales qui, sans mentionner spécifiquement le conjoint du fait, lui attribuent indirectement des droits à titre de « proche » ou de « personne intéressée ». Tel est le cas en matière successorale où l'héritier qui résidait dans la résidence principale avec le défunt s'est vu accorder le droit de demander qu'on lui attribue, par voie

68. L'utilisation de ce terme a été critiquée lors de la commission parlementaire chargée d'étudier le projet de loi article par article. Voir ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 27 août 1991, nº 3, p. SCI-46.
69. Avant l'introduction de cette disposition, le conjoint de fait ne pouvait adopter l'enfant de son conjoint qu'au terme d'un consentement général, lequel implique l'intervention du Directeur de la protection de la jeunesse dans le dossier. Loin de bouleverser l'économie générale du droit de la famille, cette nouvelle disposition permit de corriger une lacune, voire un oubli. En effet, les conjoints de fait et les conjoints mariés jouissaient d'ores et déjà des mêmes droits dans toutes les autres sphères du droit de l'adoption, le législateur n'exigeant plus, depuis 1982, qu'un couple présentant une demande d'adoption dans toute autre circonstance soit uni par les liens du mariage. Voir *Droit de la famille – 543*, [1988] R.J.Q. 2601 (T.J.). Dans cette perspective, l'assimilation du conjoint de fait au conjoint marié en matière d'adoption sur consentement spécial parut s'imposer d'elle-même.
70. Lors de la commission parlementaire chargée d'étudier le projet de loi article par article, la portée de la disposition a été largement commentée, le ministre insistant pour préciser que la responsabilité du conjoint de fait n'était justifiée qu'en raison du « bris de contrat » résultant de son changement d'attitude et non d'une quelconque volonté d'élargir la portée de l'obligation alimentaire en toute circonstance : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 5 septembre 1991, nº 7, p. SCI-249 à SCI-250.
71. C.c.Q., art. 1938. Cette disposition a été introduite dans le C.c.B.C. en 1979, aux termes de la *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48. La disposition se trouvait alors aux articles 1657.2 et 1657.3 C.c.B.C. Sur le sujet, voir André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985) 88 *R. du N.* 42, 49.
72. C.c.Q., art. 1958. Cette disposition a été introduite dans le C.c.B.C. en 1987, aux termes de la *Loi modifiant la Loi sur la Régie du logement et le Code civil*, L.Q. 1987, c. 77.

de préférence, l'immeuble qui servait de résidence au défunt[73]. Tel est également le cas en matière de responsabilité civile où toute personne (et non plus seulement les ascendants, descendants et époux[74]) s'est vue attribuer le droit d'exercer un recours direct en responsabilité à la suite du décès d'un proche[75], de même qu'en matière d'assurance personnelle où l'on a reconnu la validité d'une assurance souscrite par une personne sur la vie de celui ou de celle qui contribue à son soutien[76]. On soulignera également l'adoption, en matière de soins requis par l'état de santé d'un majeur inapte, d'une disposition permettant à un proche parent ou à une personne démontrant un intérêt particulier pour le majeur de fournir le consentement requis, dans le cas où le majeur en question n'a ni représentant légal, ni conjoint marié[77].

Adopté à l'unanimité par l'Assemblée nationale le 18 décembre 1991[78], le projet de loi 125 instituant le nouveau *Code civil du Québec* représente donc une étape importante dans l'évolution du statut juridique du conjoint de fait. Si le législateur a réitéré sa volonté de respecter l'autonomie et la liberté des conjoints de fait, il a néanmoins innové en assimilant le conjoint de fait au conjoint marié en matière d'adoption et en lui permettant de faire valoir certains droits en sa qualité de « proche » ou de « personne intéressée ».

4. La loi 32 sur les droits sociaux (1999) : l'uniformisation des définitions et la reconnaissance des conjoints de fait de même sexe

C'est en 1965 que le législateur québécois a assimilé pour la toute première fois les conjoints de fait aux conjoints mariés dans une loi dite statutaire, en permettant à une « veuve non mariée » d'obtenir une rente viagère aux termes de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*[79]. Au cours des années subséquen-

73. C.c.Q., art. 857.
74. Voir l'ancien article 1056 C.c.B.C. Voir également l'interprétation restrictive qu'en a retenue le tribunal dans l'affaire *Marier* c. *Air Canada*, [1976] C.S. 1947.
75. Voir Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 200-202 et Claude MASSE, « La responsabilité civile », dans Barreau du Québec, *La réforme du Code civil*, t. II, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 269-270. Dans la mesure où l'accident subi par la personne n'était pas mortel, son concubin pouvait intenter un recours direct en dommages-intérêts contre l'auteur du dommage en vertu de l'interprétation généreuse que la Cour supérieure avait retenue, en 1976, de l'article 1053 C.c.B.C. dans l'affaire *Therrien* c. *Gunville*, [1976] C.S. 777.
76. C.c.Q., art. 2419.
77. Ou en cas d'empêchement de ce représentant légal ou conjoint marié.
78. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 18 décembre 1991, no 180, p. 11799-11800.
79. La durée de la cohabitation exigée était alors de 7 ans : *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.Q. 1965, c. 24, art. 105.

tes[80], plus de 30 législations à caractère social ou fiscal[81] furent modifiées afin que soient reconnus aux conjoints de fait des avantages similaires à ceux dont bénéficiaient déjà les époux. À la fin des années 80, époux et conjoints de fait pouvaient donc prétendre à l'ensemble des mesures de soutien social et économique mises à la disposition des couples au terme des lois dites statutaires. Comme l'explique le professeur Goubau, la reconnaissance des conjoints de fait en droit public est fondée sur « [...] l'idée que la décision de se marier ou non concerne essentiellement l'organisation des rapports privés entre individus [...] et qu'il s'agit dès lors d'un choix éminemment privé qui ne devait pas avoir d'incidence sur l'accès aux avantages et aux services dispensés par l'État »[82].

Les modifications à la pièce apportées au corpus législatif au fil des années n'ont certes pas favorisé l'uniformisation des définitions de l'union de fait, chaque loi définissant la notion de « conjoint de fait » sur la base d'éléments aussi diversifiés que l'âge des conjoints, la durée de leur cohabitation, l'existence d'un lien matrimonial avec une autre personne, la présence d'enfant et la représentation publique[83]. Une condition semble toutefois s'être imposée de manière univer-

80. Le mouvement d'assimilation s'est intensifié après l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne* en 1975 qui interdit, à l'article 10, la discrimination fondée sur l'état civil : « Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap » : *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.
81. Le professeur Jacques Beaulne divise ces lois en trois catégories, soit les lois d'assistance sociale comme la *Loi sur l'aide financière aux études*, les lois à caractère économique, comme la *Loi sur le régime de rentes du Québec* et les lois fiscales, comme la *Loi sur les impôts* : Jacques BEAULNE, « Aperçu de la situation juridique des conjoints de fait au Québec : aspects civils, sociaux et fiscaux », dans Jacques BEAULNE et Michel VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial : rencontres universitaires belgo-québécoises*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 223, aux p. 233-236.
82. 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, 17. Dans le même sens, voir également Nicole ROY, *L'union de fait au Québec*, Groupe de la coopération internationale, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, janvier 2005, p. 1. Pour ces auteurs, le droit social et le droit civil, même si en apparence contradictoires, forment donc un tout cohérent en matière d'union de fait. Pour d'autres auteurs, cependant, il y a distorsion ou illogisme puisque le législateur assimile les conjoints de fait aux époux dans un domaine du droit, alors qu'il les distingue dans l'autre : Michelle GIROUX et Anouk LAURENT, « L'union de fait en droit québécois », (1989) 20 *R.G.D.* 129, 137 et Brigitte LEFEBVRE, « Le traitement juridique des conjoints de fait : deux poids, deux mesures ! », (2001) 1 *C.P. du N.* 223, 227.
83. Certains auteurs croient que « [...] la diversité des critères utilisés et retenus pour des fins distinctes témoigne des préoccupations spécifiques aux différents ministères qui, de façon plus ou moins arbitraire, appliquent leurs politiques législatives à l'union de fait » : Michelle GIROUX et Anouk LAURENT, « L'union de fait en droit québécois », (1989) 20 *R.G.D.* 129, 134.

selle, soit le caractère hétérosexuel de l'union de fait[84]. Ainsi, les conjoints de fait de même sexe ont-ils été traditionnellement privés des mesures de soutien social et économique auxquelles les conjoints de fait hétérosexuels et les époux pouvaient prétendre.

Vraisemblablement influencé par les décisions de la Cour suprême qui, aux débuts des années 90, ont jugé contraires aux droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[85] certaines lois provinciales réservant des droits et avantages aux seuls conjoints de fait hétérosexuels[86], le gouvernement du Québec s'engagea, dès 1998, à modifier les définitions de « conjoints de fait » contenues aux différentes lois statutaires afin d'y intégrer les conjoints de même sexe et d'en harmoniser les critères. Le 18 juin 1998, le ministre de la Justice Serge Ménard annonçait, en ces termes, les intentions du gouvernement en prenant soin de bien distinguer l'approche englobante du droit social du cadre juridique régissant les rapports de droit privé :

> [...] au cours des dernières décennies, les unions de fait sont devenues une forme courante d'union. Ce choix d'un mode de vie relève entièrement du domaine de la vie privée. Cependant, le développement de cette forme d'union suscite des interrogations non seulement sur les aspects juridiques, mais aussi sur l'évolution de nos modèles sociaux. Au Québec comme ailleurs, le droit reconnaît plus ou moins les conjoints de fait. Le législateur leur a accordé certains droits dans différentes lois à caractère social. Il a adopté certaines de ses pratiques à cette réalité. Cependant, la reconnaissance de ces unions n'est qu'accessoire dans le droit civil québécois. Cette situation n'est pas fortuite. Lorsque le législateur a révisé le droit de la famille, tant en 1980 qu'en 1991, il s'est interrogé sur l'opportunité de prévoir des conséquences civiles aux unions de fait. S'il s'est abstenu de le faire, c'est par respect pour la volonté des conjoints : quand ils ne se marient pas, c'est qu'ils ne veulent pas

84. Ainsi, sur les 31 législations concernées, 7 excluaient spécifiquement les conjoints de même sexe de leur champ d'application (soit la *Loi sur l'assurance-médicament*, L.R.Q., c. A-29.01 ; la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1 ; la *Loi concernant les droits sur les transferts de terrains*, L.R.Q., c. D-17 ; la *Loi sur les impôts*, L.R.Q, c. I-3 ; la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1 ; la *Loi sur la sécurité du revenu*, L.R.Q., c. R-20.1 et la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.A., c. T-0.1) alors que les 24 autres, bien que silencieuses, faisaient néanmoins l'objet d'une interprétation similaire. Voir Serge MÉNARD, *Mémoire au Conseil des ministres – Avant-projet de loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, Québec, 20 octobre 1998, p. 1.
85. « 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 » : *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. 15.
86. Voir particulièrement *Egan* c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. Voir également l'analyse de Nicole ROY, *L'union de fait au Québec*, Groupe de la coopération internationale, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, janvier 2005, p. 5-6.

> se soumettre au régime légal du mariage. D'ailleurs, le législateur a, en 1980, levé les obstacles juridiques qui empêchaient la pleine reconnaissance des conventions entre conjoints de fait. À cette dynamique récente de l'union de fait s'ajoute aujourd'hui une autre dimension, les unions de fait où les conjoints sont de même sexe. Le gouvernement du Québec a décidé d'intervenir pour remédier à certaines situations juridiques, puisqu'elles ne reflètent plus les valeurs sociales actuellement acceptées par l'ensemble des citoyens. Aussi, j'annonce aujourd'hui, ce 18 juin 1998, qu'il est de l'intention du gouvernement de réviser l'ensemble de la législation publique du Québec afin de revoir son application aux conjoints de fait de sexe différent ou de même sexe. [...] Cette démarche consiste, en premier lieu, à harmoniser dans la législation la notion juridique de « conjoint ». Les critères de reconnaissance de l'union de fait, notamment quant à la durée de la vie commune, devront, dans la mesure du possible, être uniformes. En second lieu, elle inclura les conjoints de fait de même sexe. Cette démarche vise les lois particulières du Québec. Il n'est pas l'intention du gouvernement de bouleverser l'institution du mariage et d'y assimiler les unions de fait ou de donner le statut d'époux aux conjoints de fait. Toutefois, le gouvernement est ouvert à la possibilité de prévoir un mécanisme pour assurer, en droit privé, la reconnaissance juridique et sociale des unions de fait. Ce mécanisme ne s'adresserait qu'aux conjoints de fait qui veulent officialiser leur union et lui donner des effets civils particuliers[87].

Quelques mois plus tard, soit le 21 octobre 1998, le Premier ministre du Québec Lucien Bouchard déposait lui-même l'avant-projet de loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait. Cet avant-projet, déclara-t-il, propose de modifier « [...] les lois et règlements qui comportent une définition du concept de conjoint de fait pour que les unions de fait soient reconnues sans égard au sexe des personnes »[88]. Le dépôt du projet de loi 32 eut lieu le 6 mai 1999 par la nouvelle titulaire du ministère de la Justice, Linda Goupil. Les termes employés par la ministre témoignent du caractère inclusif de la démarche législative :

> Le gouvernement du Québec a décidé d'agir et de revoir la cadre législatif des unions de fait afin de marquer l'évolution de la société québécoise dans ce domaine. En effet, la reconnaissance des couples de même sexe fait l'objet d'un vaste consensus et reflète les valeurs sociales actuellement acceptées par une grande partie de la population. Les Québécois et les Québécois seront d'ailleurs sans doute très fiers d'être partie prenante d'une société qui témoigne une fois de plus de son ouverture, de sa solidarité et du respect de ses minorités, d'une société qui mise sur la cohésion sociale et non sur les différences existant entre ses citoyens. Il est important de mentionner qu'avec le projet de loi présenté aujourd'hui, le gouvernement du Québec devient le premier gouvernement au Canada, et à notre connaissance, le deuxième en Amérique du Nord, à proposer une législation prévoyant que

87. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 18 juin 1998, nº 197, p. 12069-12070.
88. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 21 octobre 1998, nº 200, p. 1229.

> l'ensemble de ses lois octroie le même traitement aux conjoints de fait de même sexe que celui réservé aux conjoints de fait de sexe opposé. J'émets d'ailleurs humblement le souhait que le Québec inspire rapidement d'autres gouvernements à agir de même, à commencer par le gouvernement fédéral, qui n'a toujours pas pris de position officielle dans le domaine[89].

Lors de la prise en considération du rapport de la Commission des Institutions le 9 juin suivant, le député Geoffrey Kelley salua les modifications suggérées par le gouvernement, mais non sans inviter les élus à élargir éventuellement la réflexion sur les droits et obligations des conjoints de fait :

> Et un jour, il faudrait faire un débat élargi sur tous les bénéfices et les obligations de tous nos conjoints de fait. Et ça, c'est un débat, comme j'ai dit, peut-être pour un autre jour. Mais c'est quelque chose que, sur le plan financier, il y a également des obligations, et un jour le débat sera fait [sic][90].

Poursuivant dans le même sens, le député Thomas Mulcair ajouta :

> [...] vous savez que le Québec est la seule province au Canada, puis en fait la seule juridiction en Amérique du Nord, à ne pas reconnaître ce qu'on appelle en anglais « common law marriage ». [...] je pense que le gouvernement serait bien avisé d'accepter notre invitation, d'accéder à notre invitation de regarder cet ensemble, les droits patrimoniaux, en vertu des relations dites de « common law » pour s'assurer qu'on n'est pas en train de faire fausse route[91].

Curieusement, aucun élu n'interpela le gouvernement sur l'idée émise par le ministre de la Justice le 18 juin 1998 d'élaborer un mécanisme d'enregistrement des unions de fait qui permettrait aux conjoints de fait d'obtenir des droits et obligations l'un à l'égard de l'autre. On n'interpela pas non plus le gouvernement sur l'intention manifestée par le ministre d'harmoniser la notion juridique de conjoint de fait dans les diverses législations sociales et fiscales[92].

---

89. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 6 mai 1999, nº 26, p. 1350.
90. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 9 juin 1999, nº 42, p. 2368.
91. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 9 juin 1999, nº 42, p. 2370.
92. À ce sujet, Nicole Roy écrit : « Depuis longtemps, une définition uniforme est demandée, notamment pour éviter des différences quant à l'effet économique des lois. Si elle a souvent été promise, force des de constater que cette normalisation se fait encore attendre » : *L'union de fait au Québec*, Groupe de la coopération internationale, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, janvier 2005, p. 6. Dans le même sens, Dominique Goubau et al. écrivent : « [...] malgré les différentes déclarations gouvernementales en faveur d'une uniformisation de la définition des conjoints de fait dans les lois sociales, force est de constater que cet objectif n'est pas encore atteint » : 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, 10.

Le projet de loi 32 fut adopté à l'unanimité par l'Assemblée nationale le 10 juin 1999 et entra en vigueur le 16 juin suivant[93]. Dix mois plus tard, soit le 11 avril 2000, le Parlement canadien adoptait une loi similaire dans le but d'étendre la notion de « conjoint de fait » employée dans les lois fédérales à l'ensemble des conjoints de fait, indépendamment de leur orientation sexuelle[94].

5. L'avènement de l'union civile (2002) : la consolidation du régime juridique de l'union de fait

La loi 84 instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation adoptée par l'Assemblée nationale en 2002[95] s'inscrit dans la continuité des politiques législatives mises de l'avant en matière conjugale depuis la réforme de 1980. Une politique d'abord respectueuse des différences. Fidèle à sa tradition d'ouverture et d'inclusion[96], le législateur souhaitait d'abord et avant tout apporter réponse au besoin de reconnaissance civile et juridique des conjoints de même sexe, alors privés du droit au mariage en vertu de la loi fédérale[97]. En aménageant un nouveau statut civil permettant à l'ensemble des couples non mariés (hétérosexuels et homosexuels) d'établir entre eux des obligations et des droits similaires à ceux que procure le mariage[98], le Québec devenait, aux dires du ministre de la Justice Paul Bégin, « [...] l'un des États les plus progressistes en matière d'égalité des droits »[99].

---

93. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats,* 7 juin 2002, nº 112, p. 6736. *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14, art. 41. Cette loi eut pour effet de modifier 28 lois et 11règlements.
94. *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12.
95. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.
96. Selon le ministre de la Justice Paul Bégin, « [...] le Québec a toujours été reconnu pour son ouverture et pour son grand respect des différences » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 6 juin 2002, nº 111, p. 6656.
97. La loi 84 a également consacré le phénomène que l'on désigne sous le nom d'homoparenté en permettant à deux personnes de même sexe d'être inscrites en qualité de parents sur l'acte de naissance d'un enfant. C'est également par la loi 84 que le législateur a ajouté à la liste de l'article 366 C.c.Q. de nouveaux célébrants civils pour le mariage civil (et incidemment l'union civile) : voir Alain ROY, « Le droit de la famille. Une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 *R. du N.* 215.
98. À quelques exceptions près... Comme l'explique le ministre de la Justice Paul Bégin : « Le nouveau régime d'état civil présenté aux membres de cette assemblée permet aux couples qui le désirent de s'unir civilement devant un célébrant. Les droits et obligations qui découleront de cette union sont les mêmes que ceux du mariage. Cependant, il y a quelques différences majeures entre les conditions du mariage et celles de l'union civile. Ainsi, les conjoints qui désirent s'unir civilement doivent être âgés d'au moins 18 ans. Autre distinction, l'union civile est ouverte aux couples homosexuels et hétérosexuels. Et, finalement, la dissolution de l'union civile peut être faite devant notaire lorsqu'il n'y a pas d'enfant impliqué » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 6 juin 2002, nº 111, p. 6656.
99. Débats de l'Assemblée nationale, 6 juin 2002, p. 6656.

Une politique législative également respectueuse du libre choix. En effet, l'union civile demeure, comme le mariage, une institution d'adhésion volontaire. Le législateur n'a pas voulu imposer quelques obligations que ce soit à l'encontre de la volonté des principaux intéressés, mais mettre à leur disposition un cadre susceptible de répondre à leurs besoins juridiques et identitaires, le cas échéant. À cet égard, le professeur Goubau affirme :

> 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. La récente législation sur l'union civile est révélatrice de cette approche, dans la mesure où elle permet aux couples, hétérosexuels comme homosexuels, de se soumettre ou non à un cadre normatif prédéterminé. [...] En permettant aux couples homosexuels de s'unir légalement et en réitérant que les individus sont libres de leurs choix lorsqu'il s'agit d'adopter l'une ou l'autre forme de conjugalité, la réforme s'inscrit bien dans la continuité de la philosophie législative québécoise[100].

Dans le même esprit d'ouverture et d'adaptation aux nouvelles réalités conjugales, le législateur profita également de la loi 84 pour formaliser et actualiser sa conception de l'union de fait. Lors de l'adoption de principe du projet de loi, le ministre de la Justice déclara :

> Le projet de loi reconnaît trois types de conjugalité : celle des conjoints unis en mariage, celle des conjoints en union civile et celle de conjoints de fait. Le projet de loi ne propose aucune modification touchant la modalité de vie commune des conjoints de fait qui conservent ainsi la liberté d'établir les modalités régissant leur couple. Le projet de loi comprend toutefois des dispositions sur certains aspects de l'union de fait [...][101].

---

100. 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, 6 et 45.

101. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 7 mai 2002, nº 96, p. 5816. Voir également les propos du ministre Bégin lors des travaux parlementaires de la Commission des Institutions où, rassurant la représentation de l'Association des nouvelles conjointes du Québec, le ministre réaffirme clairement ne pas vouloir faire « disparaître » l'union de fait en lui attribuant des conséquences juridiques : « Nous pensons qu'effectivement dans notre société il doit y avoir cette chose qui s'appelle « conjoint de fait ». Nous le reconnaissons tellement que, comme législateurs, nous avons récemment, en 1999, modifié, pour les conjoints de même sexe, l'union de fait – conjoints de même sexe, pour permettre que cette institution soit là. Et, quand on fait l'union de fait, la base de tout ça est à l'effet que les gens veulent ne pas vivre le mariage, civil ou religieux, et vivre quand même ensemble d'une certaine manière [...] il n'est pas du tout, du tout de notre intention de légiférer pour faire disparaître à toutes fins pratiques l'union de fait » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 12 février 2002, nº 45, p. CI-46 (en ligne à <http://www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci/020212.htm>).

Parmi les dispositions nouvelles en matière d'union de fait, on notera l'introduction d'une définition englobante du terme « conjoint » dans la *Loi d'interprétation*[102] :

> **61.1.** Sont des conjoints les personnes liées par un mariage ou une union civile.
>
> Sont assimilés à des conjoints, à moins que le contexte ne s'y oppose, 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[103].

Cette définition supplétive applicable à l'ensemble du corpus législatif du Québec, constitué à la fois des lois statutaires[104] et du Code civil, est révélatrice de l'attitude résolument positive adoptée par l'État québécois à l'égard des

102. *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16. Le nouvel article 61.1. a été introduit par l'article 143 de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

103. Commentant cette définition devant la Commission des Institutions, le ministre Bégin déclarait : « Le Code civil ne reconnaît pas directement ces unions [les unions de fait] et le terme « conjoint », tel qu'il est aujourd'hui utilisé au Code ne vise que les époux. Ce n'est pas l'objet de l'avant-projet de loi d'octroyer un statut civil aux unions de fait. Cependant, au-delà du statut et des liens patrimoniaux qui s'établissent entre les conjoints de fait et qui continueront de relever de leur volonté, il est nécessaire d'apporter certaines clarifications. C'est ainsi que l'avant-projet de loi, à son article 142, vient modifier la *Loi d'interprétation* pour y introduire une définition du terme « conjoint » qui modifiera la porté de ce terme dans l'ensemble de la législation, y compris au Code civil » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 5 février 2002, nº 42, CI-43, p. 5.

104. Ainsi, les définitions disparates de « conjoints de fait » contenues dans les différentes lois à caractère social et fiscal sont-elles demeurées intactes, le législateur n'ayant pas procédé à l'abrogation de ces dispositions pour y substituer la définition de l'article 61.1. Constatant le manque d'uniformité, la députée Lamquier-Éthier déclarait le 6 juin : « [...] on a pu constater qu'il y avait des variables dans le corpus législatif, donc dans les différents textes de loi, en ce qui avait trait à la définition de « conjoint de fait ». Ça varie d'une loi à l'autre. Le ministre de la Justice était bien conscient de cette difficulté-là, et je pense que subséquemment il va y avoir quelque chose qui sera fait pour qu'on puisse faire en sorte d'uniformiser et de reconnaître dans tous les textes de loi une définition qui soit la même pour les conjoints » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats*, 6 juin, nº 111, p. 6660. Rappelons que, quelques années plus tôt, soit en 1998, le ministre de la Justice Serge Ménard avait laissé entendre qu'il était de l'intention du gouvernement d'« [...] d'harmoniser dans la législation la notion juridique de « conjoint ». *Supra*, p. 261. Dans ses commentaires sur le projet de loi 32, la Commission des droits de la personne et de la jeunesse incitait pourtant le gouvernement à procéder à cette harmonisation le plus rapidement possible, et par la même occasion, invitait les autorités à profiter de cette révision pour « examiner l'opportunité de rendre

(à suivre...)

conjoints de fait[105]. On notera d'abord le changement terminologique. Le législateur abandonne une fois pour toute le terme « concubin » autrefois utilisé pour désigner les conjoints de fait. Les rares dispositions du Code civil qui employaient cette terminologie à connotation péjorative en ont donc été épurées[106], le simple terme « conjoint » suffisant désormais à les y intégrer.

On soulignera également le changement de paradigme qu'implique la nouvelle définition. Alors qu'il lui fallait auparavant mentionner spécifiquement les conjoints de fait pour que les droits et obligations découlant d'une disposition leur soient reconnus[107], le législateur n'aura désormais qu'à employer le terme « conjoint » pour en élargir le champ d'application au-delà des seuls conjoints légalement unis. Bien qu'en apparence technique, ce changement de paradigme est porteur d'une puissante charge symbolique. En droit québécois, la notion de « conjoints » n'est pas l'apanage exclusif des époux et conjoints unis civilement. Autrement dit, un conjoint de fait n'est pas moins « conjoint » qu'un conjoint de droit, d'où la nouvelle définition. Si, au plan substantif, le législateur souhaite moduler les droits et obligations des uns et des autres, il lui incombera alors d'employer une terminologie distinctive.

Ainsi, en matière de patrimoine familial, de régimes matrimoniaux et d'obligation alimentaire, les conjoints de fait ne peuvent pas être assimilés aux conjoints légaux, le législateur ayant délimité le champ d'application des dispositions pertinentes par l'emploi des termes « époux » et « conjoints unis civilement »[108].

(...suite)
applicables aux conjoints de fait les dispositions qui confèrent des droits et des obligations aux conjoints mariés » : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Commentaires sur le Projet de loi nº 32 – Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, Québec, juin 1999, p. 6.

105. Conformément à l'article 244 de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* (L.Q. 2002, c. 6), le ministre de la Justice a déposé, au mois de juin 2005, un rapport concluant à l'opportunité de maintenir l'article 61.1 de la Loi d'interprétation (L.R.Q., c. I-16). Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport sur l'application de l'article 61.1. de la Loi d'interprétation de le maintenir ou de le modifier*, Québec, juin 2005. Ce rapport précise notamment la portée reconnue par les tribunaux à l'article 61.1 depuis son entrée en vigueur.

106. Ainsi, la Chambre des notaires soulignait à juste titre en 1985 que « [...] la question de la terminologie à employer pour qualifier les couples non mariés est fort délicate. Le vieux terme « concubinage » employé par le droit civil a pris, avec le temps, une connotation hautement péjorative. Il est presque devenu inconvenant de l'utiliser » : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Le concubinage », *Les Cahiers*, vol. 8, nº1A, mars 1985, p. 125-126.

107. *Di Paolo (Syndic de)*, [1998] R.J.Q. 174 (C.S.). Voir cependant *Bagnoud (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 2055 (C.S.).

108. En ces matières, le législateur a d'ailleurs pris soin d'employer les termes « époux » et « conjoints unis civilement » : C.c.Q., art. 414 et 521.6 ; 432 et s. et 585. Voir Brigitte LEFEBVRE, « Projet de loi 84 : quelques considérations sur les nouvelles dispositions en matière de filiation et sur la notion de conjoint », (2002) *2 C.P. du N.* 9, 20 et s.

Les conjoints de fait seront cependant assimilés à ces derniers en matière d'assurance-vie (C.c.Q., art. 2419), de rentes (C.c.Q., art. 2380) et de régimes de protection (C.c.Q., art. 264, 266 et 269) puisqu'on y emploie le terme « conjoint », sans autre indication. Forts de l'appellation spécifique nouvellement enchâssée dans la *Loi d'interprétation*, les conjoints de fait exerceront dorénavant les droits prévus dans ces articles en qualité de réels conjoints et non plus en tant que simple « proche » ou « personne intéressée »[109].

Plus fondamentalement, les conjoints de fait se sont également vus accorder une pleine reconnaissance en matière de consentement aux soins. Les propos du ministre de la Justice permettent de saisir l'importance que revêt l'intervention législative dans ce domaine :

> Parmi les effets de cette modification, je veux en souligner un fort important dans la vie de tous les jours, celui sur les règles de consentement aux soins. Actuellement, ces règles ne reconnaissent pas directement le droit du conjoint de fait de consentir à des soins pour sa compagne ou son compagnon de vie. Ce droit est donné au premier chef au représentant légal de la personne et il le demeure. Mais, pour toutes les personnes majeures qui ne sont pas sous un régime de protection et qui sont, pour une raison ou une autre, inaptes à consentir à des soins, le consentement est aujourd'hui donné par l'époux, et ce n'est qu'à défaut qu'il est donné par un parent ou par une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier. C'est sous cette périphrase que se cache aujourd'hui le conjoint de fait. L'avant-projet clarifie la situation et donne aussi au conjoint par union civile et au conjoint de fait le droit de consentir à des soins au même titre que l'époux[110].

À l'invitation de plusieurs des organismes qui ont comparu en commission parlementaire, le ministre de la Justice a décidé, par souci de clarté, d'ajouter une référence expresse au conjoint de fait à l'article 15 C.c.Q. qui traite spécifiquement du consentement aux soins destinés au majeur inapte[111]. Bien que le simple recours au terme « conjoint » eut suffi à inclure le conjoint de fait – rien ne s'opposant à l'assimilation prévue à l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation* –, le ministre a choisi de rendre la disposition autonome, les intervenants appelés à en

109. Dans une perspective plus technique, la nouvelle définition entraîne l'inhabilité d'un juge à siéger lorsque son conjoint de fait est intéressé dans le procès, l'impossibilité de contraindre un témoin à divulguer une communication faite par son conjoint de fait dans le cadre de leur vie commune. La définition permet également d'assujettir le conjoint de fait à des dispositions traitant de conflit d'intérêts ou d'opérations interdites entre personnes liées.

110. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 5 février 2002, nº 42, CI- 43, p. 5. En ligne à <http://www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ci/020205.htm>.

111. Voir par exemple le mémoire de la Fédération des femmes du Québec : FÉDÉRATION DES FEMMES DU QUÉBEC, *De l'union à la famille... une étape de plus à franchir – Mémoire présenté par la Fédération des femmes du Québec*, février 2002, Québec, p. 6.

assurer l'application (essentiellement des intervenants du monde médical) ayant intérêt à en délimiter rapidement la portée.

Évidemment, les différents groupes, organismes et personnes qui ont présenté des mémoires à la Commission des Institutions ont axé leurs observations et suggestions sur l'union civile. Plusieurs ont également traité de la question des droits parentaux des gais et lesbiennes. Très peu d'intervenants se sont attardés à la situation juridique des conjoints de fait en général ou, plus précisément, à la volonté du gouvernement de maintenir sa politique non interventionniste.

Ainsi, sur les 56 mémoires présentés à la Commission des Institutions, seulement quatre comportent une position claire sur la problématique, soit celui du Barreau du Québec[112], de l'Association des avocats et avocates en droit familial du Québec[113], de la Chambre des notaires du Québec[114] et de Mes Jocelyn Verdon et Mireille Pélissier-Simard[115]. Les trois premiers saluent le maintien de la liberté de choix des conjoints de fait, alors que le quatrième le dénonce fermement. De façon moins directe, le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec se dit en accord avec l'inclusion du conjoint de fait dans les « [...] domaines où le Code civil ne peut justifier de discriminer entre époux et conjoints de fait, comme notamment en matière de consentement aux soins »[116]. L'Action des nouvelles conjointes du Québec s'inquiète pour sa part de l'impact que la nouvelle définition de conjoint proposée dans la *Loi d'interprétation* pourrait avoir

112. BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, Montréal, janvier 2002, p. 8.
113. ASSOCIATION DES AVOCATS ET AVOCATES EN DROIT FAMILIAL DU QUÉBEC, *Mémoire de l'Association des avocats et avocates en droit familial du Québec*, Montréal, janvier 2002, p. 2.
114. Bien que le mémoire de la Chambre ne pèche pas par excès de clarté sur la question (CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi intitulé Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, Montréal, janvier 2002, p. 17), le président de l'Ordre a tenu des propos non équivoques lors de la commission parlementaire : « Nous sommes également satisfaits de constater que le régime proposé aux termes de l'avant-projet n'affecte en rien l'autonomie de ceux et celles qui vivent leur conjugalité en marge de l'ordre juridique formel. La Chambre des notaires croit fermement à la liberté des individus de disposer de leur propre cause et manifesterait son opposition à toute réforme législative au terme de laquelle l'état s'arrogerait le droit de dicter, directement ou indirectement, totalement ou partiellement, le contenu obligationnel de l'union de fait, quelle que soit l'orientation sexuelle des conjoints. »
115. Jocelyn VERDON et Mireille PÉLISSIER-SAVARD, *Les enfants du mariage ceux d'unions de fait ; Peut-on parler d'égalité ?*, juin 1999.
116. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ & COMPARÉ DU QUÉBEC, *Mémoire présenté à la Commission des Institutions dans le cadre des consultations publiques concernant l'Avant-projet de loi, Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, Montréal, janvier 2002, p. 20.

sur la liberté de choix des conjoints de fait[117]. Dans le même sens, la Commission des droits de la personne et de la jeunesse invite le législateur à examiner attentivement la portée de l'article 61.1 pour éviter que son « [...] application ait des effets non souhaités » en rendant par erreur « [...] applicables à des conjoints de fait des dispositions qui ne devraient toucher que les époux ou les partenaires [en union civile] »[118]. Saluant l'avènement de l'union civile, la Commission se réjouit par ailleurs du fait que les couples de même sexe puissent désormais bénéficier d'un « [...] choix similaire à celui dont dispose les couples hétérosexuels, à savoir une union de fait ou une union encadrée par le *Code civil du Québec* »[119]. Enfin, le Conseil du statut de la femme invite en ces termes le législateur à une réflexion plus globale sur le sujet :

> Le Conseil considère que l'avant-projet de loi ouvre sur un exercice de révision des conditions de fond de toute union conjugale légalement reconnue et du statut légal des unions de fait. Le Conseil considère aussi que toute la question de la conjugalité, autant légale que de fait, et de ses implications en droit, devrait faire l'objet d'une réflexion globale au Québec, afin que soit posée de façon uniforme la question des droits, des responsabilités et des obligations issus de la vie de couple[120].

En outre, un dernier intervenant considère qu'un régime d'union civile à la fois accessible aux couples de même sexe et aux couples hétérosexuels pourra

---

117. L'ACTION DES NOUVELLES CONJOINTES DU QUÉBEC, *Mémoire présenté à la Commission des Institutions – Impact sur les unions de fait hétérosexuelles de la Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, 2002, Québec, p. 8.
118. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, *Mémoire – Avant-projet de Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, février 2002, Québec, p. 24.
119. *Ibid.*, p. 25.
120. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Avis du Conseil du statut de la femme – L'égalité... Oui ! Dans la conjugalité et la parentalité. Mémoire sur l'avant-projet de Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, février 2002, Québec, p. 29. Pour une opinion similaire, voir les propos du représentant du Mouvement laïque québécois : « Le MLQ aurait souhaité que le gouvernement et l'Assemblée nationale entreprennent une réflexion plus large que celle évoquée dans le document de consultation, une réflexion qui aurait permis la remise en question des certitudes officielles concernant le mariage et les besoins des couples aussi bien hétérosexuels qu'homosexuels. Nous espérons que l'occasion nous sera donnée bientôt de reprendre ce débat dans toute son ampleur » : MOUVEMENT LAÏQUE QUÉBÉCOIS, *Mémoire du Mouvement laïque québécois sur l'avant-projet de Loi instituant l'union civile*, février 2002, Québec, p. 4. Les propos du président de la Commission des Institutions, M. Henri-Paul Gautrin, tenus devant l'Assemblée nationale lors du dépôt du rapport de ladite Commission, le 30 mai, laissent croire que ces propos ont été entendus : « Toute cette discussion autour du concept de conjoint de fait et en faisant rapport à l'Assemblée qu'on a modifié la loi, on l'a modifié substantiellement, mais on est bien conscient, de part et d'autre, que la loi n'est pas... le travail sur la définition de conjoint de fait n'est seulement qu'ébauché, n'est pas terminé » : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Journal des débats*, 30 mai 2002, nº 99, p. 6425.

éventuellement répondre à la volonté des conjoints de fait qui, tout en rejetant le statut matrimonial pour des raisons liées à l'héritage religieux ou culturel qui l'accompagne, voudraient néanmoins adhérer volontairement à un cadre juridique établissant entre eux des droits et des obligations[121].

Les élus n'ont pas été plus loquaces sur la question de l'union de fait que les organismes, groupes et autres intervenants ayant comparu en commission parlementaire. Que ce soit à l'occasion des travaux de la Commission des Institution ou des débats à l'Assemblée nationale, aucun parlementaire n'a véritablement interpelé le gouvernement sur son intention de préserver le libre choix des conjoints de fait. À cet égard, les discussions sur le projet de loi 84 se distinguent des débats entourant les autres projets de loi dont nous avons jusqu'ici exposé les tenants et aboutissants.

Le projet de loi 84 a été adopté à l'unanimité par l'Assemblée nationale le 7 juin 2002[122]. Les modifications apportées au Code civil par la loi sont entrées en vigueur le 24 juin suivant[123].

* * *

L'exposé qui précède aura permis de situer le droit québécois de l'union de fait dans sa juste perspective. Plusieurs constats s'imposent. D'abord, l'absence de toute forme d'obligations mutuelles entre conjoints de fait en droit civil québécois n'est pas le fruit d'une indifférence législative. Les différents travaux parlementaires que nous avons analysés démontrent clairement l'attachement du législateur québécois au principe du libre choix et de l'autonomie de la volonté[124]. Les conjoints de fait qui ne se marient pas (ou, depuis 2002, qui ne s'unissent pas civilement) sont présumés vouloir demeurer en marge du

121. *Ibid.*, à la p. 2. Cette opinion rejoint d'une certaine façon le sens de la proposition du ministre Ménard qui, le 18 juin 1998, se disait ouvert à l'idée de prévoir un mécanisme pour assurer, en droit privé, la reconnaissance juridique et sociale des unions de fait. Voir *supra*, p. 262.
122. ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats,* 6 juin 2002, nº 111, p. 6656-6664. La sanction de la loi a eu lieu le lendemain, soit le 8 juin.
123. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, art. 245.
124. Nicole Roy écrit : « Ce choix, effectué en 1980, de n'instituer aucune régime particulier pour les conjoints de fait aurait pu être remis en question par la suite. Toutefois, chaque fois que la question de l'encadrement juridique de l'union de fait a été soulevée depuis, et elle l'a notamment été à l'occasion de l'adoption du nouveau Code civil en 1991 et en 2002 lors de l'étude de l'avant-projet de loi ayant mené à l'institution de l'union civile, le législateur a réaffirmé qu'il n'avait pas l'intention d'imposer des effets juridiques contraignants à l'union de fait » : Nicole ROY, *L'union de fait au Québec*, Groupe de la coopération internationale, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, janvier 2005, p. 3.

mariage. Il importe en conséquence de ne pas leur imposer d'obligations auxquelles ils n'ont pas expressément consenti[125].

Certes, le gouvernement a été régulièrement interpelé sur la pertinence de maintenir une politique législative axée sur les principes du libre choix et de l'autonomie de la volonté des conjoints de fait. Que ce soit lors des discussions en commission parlementaire ou des débats à l'Assemblée nationale, certains élus ont plaidé en faveur de l'établissement d'un minimum d'obligations entre conjoints de fait. Tel fut le cas en 1980, en 1989, en 1991 et en 1999. En aucun cas, cependant, ces interrogations ou tergiversations n'ont eu d'impact sur le vote final, chacune des lois où le principe aurait pu être utilement remis en cause ayant été adoptée à l'unanimité[126].

Il est par ailleurs difficile de voir dans la législation québécoise actuelle et, plus particulièrement dans le Code civil, le signe d'une quelconque hiérarchisation des modes de vie conjugale. Il n'y a pas, en droit québécois, un statut conjugal de référence, mais plusieurs modes de vie dont l'ordonnancement juridique diffère en fonction d'une rationalité politique qui lui est propre. Dans cette perspective, il faut se garder d'apprécier la reconnaissance législative dont bénéficie un « statut » à la lumière des conséquences juridiques qui accompagnent les autres statuts. L'appréciation ne doit pas se faire sur une base quantitative, mais qualitative. Or, sans parler des droits sociaux auxquels peuvent universellement prétendre les conjoints de fait, la modification apportée en 2002 à l'article 15

125. Évidemment, certains sont en désaccord avec cette politique législative. Plutôt que de s'en remettre au principe du libre choix et de l'autonomie de la volonté, ils invoquent le besoin de réglementer toute relation où l'interdépendance économique risque d'affecter, à plus ou moins long terme, l'équilibre des rapports. Le professeur Beaulne pose la problématique ainsi : « Le phénomène de l'union libre au Québec a suscité de nombreuses questions sur le plan juridique, dont les plus importantes sont sans aucun doute de savoir si une telle union doit ou non faire l'objet d'une reconnaissance législative explicite et si les relations qui s'établissent alors entre ses membres doivent être encadrées. Certains ont donné une réponse affirmative à la question, soulignant qu'il était essentiel de protéger le conjoint le plus faible de l'union » : Jacques BEAULNE, « Aperçu de la situation juridique des conjoints de fait au Québec : aspects civils, sociaux et fiscaux », dans Jacques BEAULNE et Michel VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial : rencontres universitaires belgo-québécoises*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 223, à la p. 226.

126. Par ailleurs, on notera la teinte quelque peu partisane des échanges, les partis politiques s'échangeant le rôle d'objecteur de conscience selon leur fonction à l'Assemblée nationale. Lors de la réforme de 1980, le Parti Québécois, formant le gouvernement, défendait le principe du libre choix, alors que l'Opposition formée par le Parti Libéral le remettait en cause. Les rôles étaient inversés en 1989, lors de l'adoption de la *Loi instituant le patrimoine familial*. Cette fois, c'est le Parti Libéral, formant le gouvernement, qui défendait le principe du libre choix, alors que l'Opposition péquiste le remettait en cause. En 1999, lors de l'adoption de la Loi 32, le gouvernement péquiste a réitéré son attachement à ce principe, alors que des députés libéraux se sont ouvertement interrogés sur son bien-fondé et sa pertinence.

C.c.Q. témoigne de la considération que le droit québécois accorde aux conjoints de fait. Dans la liste des personnes autorisées à consentir aux soins requis par l'état de santé d'une personne majeure inapte à fournir son propre consentement, le conjoint de fait prime les autres proches de la personne inapte, y compris ses enfants. Si le législateur ignore ou déconsidère le conjoint de fait, comment expliquer qu'il lui accorde ainsi priorité dans un contexte aussi important que la dispensation de soins souvent vitaux ?

Les réactions à chaud que certains observateurs du milieu médiatique peuvent avoir à la vue d'un Code civil qui réserve les régimes matrimoniaux, le patrimoine familial et l'obligation alimentaire aux seuls conjoints légalement unis doivent être appréciées avec circonspection. S'il est vrai que, dans certains États, l'absence d'obligations entre conjoints de fait relève de l'indifférence ou du déni, tel n'est manifestement pas le cas du Québec.

B. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

Les conjoints de fait ne bénéficient pas d'une même reconnaissance juridique dans tous les pays. Sans nécessairement voir dans l'union de fait un mode de vie immoral, certains États postulent toujours la supériorité du mariage. D'autres, en revanche, adoptent une conception égalitaire des modes de vie conjugale mais, au contraire du Québec, soumettent les conjoints de fait à certaines obligations mutuelles.

Dans cette seconde partie, nous décrirons sommairement l'évolution du statut juridique des conjoints de fait en France, en Belgique et dans les provinces canadiennes de common law. Cela nous permettra de dégager l'approche politico-législative de l'union de fait qui prévaut dans ces États et, incidemment, d'en comparer les fondements avec ceux qui caractérisent l'approche québécoise. Puisque nous ne pouvons avoir accès à l'intégralité des travaux parlementaires étrangers, nous puiserons l'essentiel des données nécessaires à l'analyse dans la législation et la doctrine locale.

Certes, il n'est pas dans notre intention de présenter l'évolution du droit étranger de manière aussi exhaustive que nous l'avons fait à propos du droit québécois. Dans la perspective comparatiste qui est la nôtre, le recours au droit étranger ne vise qu'à faire mieux ressortir les traits particuliers de la politique législative québécoise de l'union de fait.

1. Le droit français

- ***La lente ascension du « concubinage » en droit civil français***

« Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux »[127]. Cette célèbre déclaration de Napoléon explique sans doute ce pourquoi le Code civil français ne contenait, à l'origine, aucune allusion directe aux concubins[128]. Contrairement au *Code civil du Bas Canada* qui, comme nous l'avons vu, se montrait explicitement suspicieux envers eux en les privant du droit de se consentir des donations entre vifs, le *Code civil français* n'a jamais spécifiquement prohibé les libéralités entre concubins. Le désintérêt du législateur français pouvait donc se mesurer à travers son silence, mais un silence dont les concubins n'ont pu néanmoins tirer profit. Se réclamant de l'ordre public et des bonnes mœurs, les tribunaux furent prompts à invalider la plupart des transferts et arrangements dont ils avaient pu convenir[129].

Cela dit, le législateur français trahissait indirectement sa conception unitaire de la famille en disqualifiant sévèrement les enfants issus du concubinage. Comme au Québec, ceux-ci firent pendant très longtemps l'objet d'une nette discrimination par rapport aux enfants légitimes[130]. Une discrimination dont les dernières traces sont d'ailleurs demeurées dans le Code civil jusqu'en 2006[131].

---

127. René SAVATIER, *Bonaparte et le code civil*, Paris, Dalloz, 1927.
128. Au contraire de l'Ancien droit qui, lui, réprimait le concubinage : Mirelle DEWEVRE-FOURCADE, *Le concubinage*, Paris, P.U.F., 1992, p. 14. Notons qu'à l'origine, le Code français ne contenait qu'une seule disposition relative au concubinage, soit l'article 230 suivant lequel la « femme pouvait demander le divorce pour cause d'adultère de son mari lorsqu'il avait tenu sa concubine dans la maison commune ».
129. Jean CARBONNIER, *Droit* civil, vol. 1, « introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple », 1re édition, Quadrige, collection « Quadrige.Manuels », Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 1459, nº 649. Rien, affirmait Delvincourt, n'est plus contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs que le concubinage et l'adultère. D'autres auteurs, cependant, s'abstenaient d'aborder la problématique dans une perspective morale. Pour un exposé sur les tenants et aboutissants de la jurisprudence ancienne sur les libéralités entre concubins, voir Alain BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 11e éd., Paris, Litec, 2003, p. 343, nº 526. Ce n'est que le 3 février 1999, que la Cour de cassation a affirmé la validité des libérations entre concubins en toutes circonstances, y compris lorsque le concubinage équivaut à une relation adultère : Cass. 1re civ., 3 févr. 1999 : D. 1999, 267. Pour une analyse sommaire de l'arrêt, voir Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *Droit civil. La famille*, Paris, Défrénois, 2004, p. 151-152. Certains ont froidement accueilli cet arrêt, faisant observer qu'une libéralité destinée à maintenir une relation adultère du donataire avec le bénéficiaire devrait toujours être considérée illicite : Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 4e éd., Paris, Armand Colin, 2005, p. 249, nº 595.
130. Pour un exposé sur la situation juridique des enfants nés hors mariage qui prévalait autrefois, voir Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *Droit civil. La famille*, Paris, Défrénois, 2004, p. 349 et s.
131. Voir *infra*, note 134.

La réprobation sociale de l'union de fait s'étiola rapidement à la fin des années 60, le concubinage se hissant au rang des phénomènes dits normaux et moraux[132]. L'absence de toute règle législative à l'égard des conjoints de fait prit dès lors une autre signification. Les concepts d'ordre public et de bonnes mœurs ne purent plus, à eux seuls, justifier la disqualification juridique du concubinage et l'annulation des arrangements privés destinés à l'organiser.

L'entrée de l'union de fait dans la licéité fut cependant moins visible qu'en droit québécois où, comme nous l'avons souligné, divers intervenants du monde juridique ont rapidement cherché à occuper l'espace nouvellement dégagé au profit des conjoints de fait en promouvant une pratique de contrats d'union de fait. En France, le « contrat de concubinage » est, aujourd'hui encore, abordé avec beaucoup de curiosité et de scepticisme, voire de méfiance[133].

Quant au législateur, il prit acte de l'évolution des mœurs de différentes manières. Au début des années 70, il consacra l'égalité des filiations, enfants

132. Voir Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Hugues FULCHIRON, « Avant-propos », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Des concubinages dans le monde*, Paris, C.N.R.S., 1990, p. 15. Selon une source (2005), sur les 15 millions de couples que l'on compte aujourd'hui en France, environ 3 millions seraient des couples en union de fait : Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 4e éd., Paris, Armand Colin, 2005, p. 235, no 580.

133. Les formules utilisées par de grands auteurs contemporains en témoignent : « Certains professionnels proposent même une formule de « contrat de concubinage » destiné à régir de façon générale les rapports patrimoniaux, à la manière d'un contrat de mariage » : Alain BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 11e éd., Paris, Litec, 2003, p. 342, no 525 ; « Aux États-Unis, au Canada, aux Pays-Bas, une pratique s'est introduite de contrats notariés de concubinage [...] Des notaires de chez nous ont pu être tentés par cette nouveauté [...] » : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, « Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple », 1re éd., Quadrige, collection « Quadrige.Manuels », Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 1456, no 648 ; « Pour pallier l'absence de règles spécifiques, les concubins peuvent être tentés par le contrat. La pratique en est florissante dans les pays anglo-saxons. [...] La valeur et la portée de tels contrats laissent perplexe » : MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *Droit civil. La famille*, Paris, Défrénois, 2004, p. 142, no 322. Certains praticiens ont essayé de développer en France, sur le modèle de certains droits étrangers, notamment de l'Ontario ou du Québec, des contrats de concubinage, mais ces conventions [...] sont encore très marginales, et, dans l'esprit, semblent contraires à la liberté et la précarité qui définissent la relation de concubinage » : AUTEURS MULTIPLES, *Droit de la famille* (sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi), Paris, Dalloz, 2001-2002, p. 392. On doit également noter la frilosité d'une certaine doctrine juridique (et non la moindre) qui, encore aujourd'hui, refusent d'avaliser le contrat par lequel les conjoints de fait adopteraient des dispositions empruntées au régime juridique du mariage. Ainsi, écrit le doyen Carbonnier : « Un contrat global de concubinage, où les parties déclareraient vouloir aligner leurs rapports sur les rapports entre époux, serait assurément nul de nullité absolue. [...] C'est par sa dynamique d'ensemble que l'acte est suspect, non pas comme immoral, mais comme illicite, parce qu'il tend à revêtir de force obligatoire une sorte de mariage privé, violant ainsi le monopole de l'État » : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, « Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple », 1re éd., Quadrige, collection « Quadrige.Manuels », Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 1452 et 1456, nos 647-648.

« légitimes » et « naturels » pouvant dès lors jouir des mêmes droits[134]. En 1989, il reconduisit le droit du concubin au maintien dans les lieux loués en cas de décès ou d'abandon du conjoint locataire[135], mais sans pour autant faire du contrat de location un bail commun comme en matière matrimoniale[136]. Quelques années plus tard, en 1994, il autorisa les couples de concubins à recourir à la procréation médicalement assistée[137], sans toutefois leur permettre de procéder conjointement à l'adoption d'un enfant[138].

- ***Le droit social et fiscal***

Outre ces changements au Code civil, certaines mesures contenues aux lois sociales furent étendues aux concubins, soit de manière explicite, soit en

134. Voir Loi du 3 janvier 1972 (introduisant le nouvel article 334 dans le C.civ.). À la suite de cette loi, des différences furent toutefois maintenues en ce qui a trait aux règles relatives à l'autorité parentale et à l'établissement et la contestation du lien de filiation. Par la Loi du 8 janvier 1993, les parents d'un enfant naturel se virent octroyer la vocation à exercer en commun l'autorité parentale, mais à la condition qu'ils l'aient tous les deux reconnu avant son premier anniversaire et qu'ils vivent ensemble au moment de la reconnaissance seconde en date. La Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale établit (à l'article 310-1 C.civ.) le principe suivant lequel « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans les rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ». Le législateur supprima les références aux enfants légitimes et naturels et renforça le principe d'une autorité parentale exercée en commun, dépendant non plus du statut des parents, mais de la date d'établissement de la filiation. Puis, le 1er juillet 2006, les notions de filiation légitime et naturelle disparurent officiellement du vocabulaire juridique.
135. En matière de logement locatif, la Loi du 1er septembre 1948 reconnaissait déjà à la concubine un droit au maintien dans les lieux : Catherine NOIR-MASNATA, *Les effets patrimoniaux et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés*, Genève, Droz, 1982, p. 19. On s'en remet aujourd'hui à la Loi du 6 juillet 1989 qui accorde, à l'article 14, au concubin notoire le bénéfice de la continuation du bail en cas d'abandon ou de décès. L'article 15 de la même loi accorde au bailleur le droit de reprise du logement au profit de son concubin notoire ou de ses ascendants et descendants de celui-ci.
136. C.civ., art. 1751.
137. Voir Loi du 29 juillet 1994 (C. santé publ., art. L. 152-2).
138. C.civ., art. 346. Toutefois, l'article 343-1 C.civ. permet l'adoption par un célibataire. ASSEMBLÉE NATIONALE, Constitution du 4 octobre 1958, 12e législature, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2002, PROPOSITION DE LOI, *tendant à permettre aux* couples non mariés, d'adopter conjointement un enfant. Cette proposition de loi renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république semble être demeurée au stade de l'examen car, dans le plus récent rapport ayant été déposé à l'Assemblée nationale sur la question (*Rapport au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants*, ASSEMBLÉE NATIONALE, Constitution du 4 octobre 1958, no 2833, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 janvier 2006) madame Valérie Pecresse précise que : « L'adoption conjointe est actuellement réservée aux époux. Étant donné la forte augmentation du nombre de familles constituées hors mariage, la question se pose d'une éventuelle ouverture de l'adoption conjointe aux concubins, de sexe différent, voire de même sexe ».

référence à la notion de « personne à charge »[139]. Ainsi, le législateur permit-il au concubin de bénéficier de la Sécurité sociale reconnue à l'époux en attribuant la qualité d'ayant droit à la personne vivant maritalement avec un assuré et se trouvant à sa charge effective, totale et permanente[140]. Les concubins se virent également offrir l'accès aux bénéfices de l'assurance maladie et maternité[141], de même qu'à certaines caisses de retraite[142]. Le droit statutaire aura donc été graduellement ouvert aux conjoints de fait, mais jamais de manière intégrale, certains bénéfices demeurant toujours réservés aux époux[143]. En revanche, les règles en matière d'impôt sur le revenu demeurèrent distinctives, les concubins français étant appréhendés par le fisc de manière tout à fait séparée et non en termes d'unité commune comme c'est le cas des époux[144].

139. Notons que le législateur français reconnaît des droits sociaux aux concubins depuis fort longtemps. Ainsi, les veuves de guerre non mariées se voyaient reconnaître le droit aux allocations militaires prévues dans les Lois du 9 mars 1918 et 1er avril 1926 : Yann FAVIER, « Les concubins et leurs droits sociaux », dans *Des concubinages en droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 241 (voir aujourd'hui Loi du 12 nov. 1955). Les concubins ont également droit à l'allocation de salaire unique depuis 1972 (D. 29 juin 1972). Par ailleurs, la condition de concubin peut parfois entraîner la perte d'avantages sociaux, par exemple l'allocation de soutien familial prévue à l'article L. 523-2 du Code de la sécurité sociale) : Alain SÉRIAUX, « De l'opportunité d'un statut des concubins », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 39, à la p. 31.

140. Ainsi, depuis 1978, l'article L. 161-14 du Code de la sécurité sociale permet au concubin notoire d'être ayant droit d'un assuré au titre des prestations en nature de l'assurance maladie et l'article L. 361-4 du même Code lui permet de bénéficier du capital décès. Le législateur a assimilé le couple hétérosexuel et le couple homosexuel aux fins de l'application de ces mesures aux termes de la Loi du 27 janvier 1993 (Loi nº 93-121). Cette modification a été apportée après que la Cour de cassation eut refusé, dans sa décision du 11 juillet 1989, d'assimiler les couples de même sexe aux couples hétérosexuels dans le cadre des lois ou règlement reconnaissant des avantages aux concubins : Cass. Soc., 11 juill. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 1, p. 217. La Cour devait reconfirmer cette interprétation quelques années plus tard, soit en 1977 : Cass. 3e civ., 17 déc. 1997, *D.* 1998, jur. 111.

141. Voir Loi du 2 janvier 1978 (art. 13 et 161.4 du Code de la sécurité sociale).

142. Voir Alain BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 11e éd., Paris, Litec, 2003, p. 348, nº 530.

143. Ainsi, l'assimilation du conjoint de fait à l'époux en matière de droit social ne touche pas le bénéfice de l'assurance-veuvage (art. L. 356-3 du Code de la sécurité sociale, depuis abrogé par la Loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites) ; la pension de retraite ou de réversion (art. L. et R. 353-1) et le bénéfice de l'assurance-invalidité (art. L. 342-1 du Code de la sécurité sociale). Voir Dominique VICH-Y- LLADO, *La désunion libre*, t. II, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 71 et Alain BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 11e éd., Paris, Litec, 2003, p. 348, nº 530. Les professeurs Malaurie et Fulchiron écrivent : « [...] l'assimilation du concubinage et du mariage quant à leurs effets est aujourd'hui en partie réalisée en France comme dans nombre de pays d'Europe. L'affirmation vaut depuis longtemps en droit social et en droit fiscal qui s'attachent plus à la réalité sociale qu'à un statut juridique » : Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *Droit civil. La famille*, Paris, Defrénois, 2004, p. 142.

144. Voir l'article 6-1 du code général des impôts. Cette situation présente certains avantages inattendus. Ainsi, observe le professeur Bénabent : « Si ce n'est pas

(à suivre...)

- ***La Loi du 15 novembre 1999 introduisant le Pacte civil de solidarité...***

Une nouvelle étape fut franchie le 15 novembre 1999 par l'introduction, dans le Code civil, d'un Titre XII (du Livre I sur les personnes) intitulé « Du pacte civil de solidarité et du concubinage »[145]. Par le pacte civil de solidarité, mieux connu sous son acronyme de « pacs », le législateur entendait reconnaître la réalité des couples de même sexe en leur permettant d'adhérer consensuellement à un cadre légal porteur de conséquences juridiques. De peur de colorer le nouveau régime d'une teinte homosexuelle trop voyante, on décida d'en ouvrir l'accès à tous les couples, quelle que soit leur orientation sexuelle.

Régime minimaliste s'il en est, le pacs n'emporte entre les partenaires (communément appelés « pacsés ») qu'un nombre limité d'effets. Ainsi, ceux-ci ont-ils l'obligation de se procurer une aide mutuelle et matérielle. Ils sont également tenus solidairement responsables des dettes communes. Depuis la Loi du 23 juin 2006, leurs biens sont assujettis à un régime assimilable à la séparation de biens[146]. Au terme de la même réforme, les pacsés se sont vus imposer une « obligation d'assistance » et « un devoir de faire vie commune ». Sans pouvoir prétendre aux mêmes privilèges que les époux, les pacsés bénéficient également d'un traitement particulier en matière de droits sociaux[147], fiscaux[148] et successoraux[149].

(...suite)
avantageux en ce qui concerne le taux d'imposition, cela place en revanche les concubins dans une situation améliorée à certains autres égards, notamment en leur permettant de bénéficier deux fois de certaines déductions plafonnées, qui sont applicables une seule fois par foyer. » Cela dit, poursuit l'auteur « [...] les donations ou legs entre concubins sont assujettis au taux entre étrangers, soit 60 % ». Pour plus de détails sur la situation fiscale des concubins, voir Alain BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 11e éd., Paris, Litec, 2003, p. 347, nº 529. Notons également que les concubins déclarent en commun l'impôt de solidarité sur la fortune.

145. Loi nº 99-944 du 15 novembre 1999. La loi a été adoptée à 315 voix contre 249 et quatre abstentions : Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS », J.C.P. éd. N. 1999.I.1551.

146. C.civ., art. 515-3. Avant la modification du 23 juin 2006 (en vigueur depuis le 1er janvier 2007), les pacsés étaient assujettis à un régime d'indivision. Pour une analyse détaillée du pacs, voir Alain ROY, « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », 3-2002 *Revue internationale de droit comparé* 759.

147. Le pacs est pris en compte pour l'exercice par les salariés de leurs droits à un congé et pour l'application des dispositions du Code du travail au partenaire salarié de l'employeur. Les pacsés jouissent également des bénéfices liés à l'assurance-décès.

148. Voir Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Droit de la famille*, 5e éd., Paris, Gualino, 2003, p. 40-41.

149. Depuis la Loi du 23 juin 2006, l'article 515-6 du Code civil reconnaît au pacsé survivant l'attribution préférentielle sur le local servant effectivement d'habitation s'il avait sa résidence à l'époque du décès et sur le mobilier le garnissant et si le partenaire décédé l'a expressément prévu dans un testament. Est également reconnu au pacsé survivant un droit temporaire au logement pendant une durée d'un an (qu'il s'agisse d'un logement appartenant en pleine propriété au partenaire décédé, ou
(à suivre...)

- ***... et le concubinage***

Parallèlement à la mise en place du pacs, le législateur introduisit au Code civil une définition formelle du concubinage[150] :

> **515-8.** Le 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.

En dépit des apparences, l'ajout de cette définition n'aura en rien modifié la situation juridique des conjoints de fait, aucune disposition de droit substantif n'ayant été introduite au Code civil aux fins de consolider leur statut[151]. De fait, il appert que le législateur n'a jamais voulu accroître les droits et obligations des conjoints de fait, ni réglementer leurs rapports mutuels[152]. Selon toute vraisemblance, l'adoption de la nouvelle définition ne serait qu'un simple accident de parcours provoqué par la joute politique acerbe que se sont livrés l'Assemblée nationale et le Sénat. Les professeurs Malaurie et Fulchiron adhèrent à cette vision des choses en déclarant :

> Profondément hostile au Pacs, le Sénat rejeta le projet de statut soutenu par le gouvernement et, pour tenir compte des situations de fait, proposa d'inscrire dans le Code civil une définition du concubinage qui embrasseraient les couples homosexuels. L'Assemblée nationale imposa le Pacs et conserva la définition générale[153].

(...suite)
d'un logement en indivision avec un tiers ou d'un logement en location). Toutefois et contrairement aux couples mariés, il peut être privé de ce droit, par testament (même olographe).

150. Selon le doyen Cornu, il y a donc aujourd'hui en droit français deux espèces d'union libre : « l'union libre pure et simple et l'union libre engagée dans les liens d'un pacte civil de solidarité » : Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 84. nº 44.

151. Dominique VICH-Y-LLADO, *La désunion libre*, t. II, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 63 : « La situation des « concubins ordinaires » non signataires du pacte n'a fait l'objet d'aucune modification. Comme auparavant, l'union libre ne fait l'objet d'aucun ensemble de dispositions cohérent et homogène applicables systématiquement à tous les concubins. »

152. Tout au plus peut-on lui prêter l'intention d'avoir voulu uniformiser les critères de définition et éliminer la discrimination dont faisaient l'objet les conjoints de fait homosexuels. C'est d'ailleurs l'avis du Conseil constitutionnel : Décis. Nº 99-419 DC, 9 nov. 1999, *JO* 16 nov. 1999, p. 16962, considérant nº 85. Rappelons que la Cour de cassation avait considéré, le 11 juillet 1989, que les couples homosexuels ne pouvaient pas être assimilés aux couples hétérosexuels dans le cadre des lois ou règlement reconnaissant des avantages aux concubins (ceux-ci, privés du droit au mariage, ne pouvant être vus comme vivant « maritalement » au sens des dispositions législatives pertinentes) : Cass. Soc., 11 juill. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 1, p. 217. La Cour devait reconfirmer cette interprétation quelques années plus tard, soit en 1977 : Cass. 3e civ., 17 déc. 1997, *D.* 1998, jur. 111.

153. Voir également Jean Carbonnier qui écrit : « Le Sénat avait lancé cet article comme un missile sur l'Assemblée nationale dans l'espoir de décontenancer les députés
(à suivre...)

Quoi qu'il en soit, la stratégie du Sénat aura amené certains élus et autres intervenants à dévoiler leur vision de l'union de fait et, plus généralement, des formes de vie conjugale. Bien que peu détaillés sur le sujet, les travaux parlementaires semblent révéler un certain consensus autour d'une conception relativement hiérarchisée des modes de vie conjugale. Les propos du député Patrick Bloche, rapporteur pour avis à l'Assemblée nationale, sont à cet égard très révélateurs :

> Le mariage, le pacte civil de solidarité et le concubinage ne sont pas trois états revêtus d'une force juridique et symbolique égale. Le mariage est une institution et, à ce titre, dispose d'une force supérieure aux autres. Il convient de réaffirmer que le pacte civil de solidarité ne remet nullement le mariage en cause qui restera fermé à des personnes du même sexe. Bien au contraire, dans certains cas, il peut être, pour un couple, une étape vers cette institution. L'inscription du concubinage dans le code civil permettra de conforter la situation des concubins homosexuels qui, jusqu'à aujourd'hui, se voyaient opposer par le juge une définition du concubinage par analogie avec le mariage, et donc limitée aux couples hétérosexuels. Dans un premier temps, il semblait que la seule institution du pacte civil de solidarité suffirait à résoudre cette question mais, en raison des inquiétudes répétées de différentes associations, l'insertion d'une définition légale du concubinage dans le code civil a finalement été décidée[154].

Les propos de la sociologue et juriste Irène Théry, auteure d'un important rapport réalisé en 1998 à la demande de la ministre de la Justice et Garde des Sceaux[155], s'avèrent également très instructifs. Partisane déclarée d'un encadrement juridique de l'union de fait, Mme Théry témoigna devant l'Assemblée nationale en ces termes (propos résumés par le rapporteur) :

> [...], elle a regretté que la proposition qui traite ensemble homosexuels et hétérosexuels, dans une perspective qualifiée de « républicaine », ne réaffirme pas que les couples en union libre sont respectables dans leur choix, d'autant qu'il a été rappelé à maintes reprises au cours des débats qu'il n'y avait pas de droits sans

(...suite)
de la majorité en train de débattre du pacs. Mais loin d'être impressionnés, ils s'emparèrent de l'article et l'incorporèrent à leur œuvre – enrôlement sans stratégie claire » : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, « Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple », 1re éd., Quadrige, collection « Quadrige.Manuels », Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 1453, nº 648.

154. Avis présenté par Patrick Bloche au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de loi modifiée par le Sénat relative au mariage, au concubinage et aux liens de solidarité, nº 1483 – Assemblée nationale, – Constitution du 4 octobre 1958, 11e législature. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 1999. En ligne à <http://www.assembleenationale.fr/11/rapports/r1483.asp>.

155. Irène THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998.

devoirs. Elle a jugé étonnant qu'un tel dogme soit appliqué dans le domaine du droit social, ce droit d'élaboration récente traitant du rapport de l'individu à l'État et non des droits et devoirs réciproques de cocontractants. Elle s'est inquiétée d'une remise en cause de la légitimité des revendications des concubins, comme l'attribution des pensions de réversion ou la modification des droits de succession. A l'inverse, elle a souligné que la proposition de loi renforçait la perte de droits et de minima sociaux liés à l'isolement des personnes dès qu'ils vivent en couple et jugé qu'il était pour le moins peu attractif de prendre en compte la solidarité de fait lorsqu'elle prive de droits mais de l'ignorer lorsqu'elle peut en permettre l'attribution. Enfin, il lui a paru dangereux d'instituer une hiérarchie en valeur des couples alors que l'union libre mériterait une approche tout à fait neutre, d'autant qu'elle se développe en prenant des formes multiples, comme le concubinage des personnes âgées. Elle a exprimé la crainte que les concubins hétérosexuels, seuls reconnus aujourd'hui par la jurisprudence, ne soient les grands perdants de l'élaboration d'un texte de portée générale [...][156].

* * *

156. En ligne à <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1483.asp>. Mme Théry avait livré les mêmes commentaires devant le Sénat le 27 janvier 1999, lors de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation, du Suffrage Universel, du Règlement et de l'Administration Générale, mercredi 27 janvier 1999. Un autre intervenant, M. Xavier Tracol, président du collectif pour l'union libre, s'est livré à un plaidoyer en faveur d'une réglementation des rapports entre conjoints de fait : « Il a en effet considéré que le PACS était présenté de manière erronée comme un mode de reconnaissance du concubinage octroyant des droits pour les concubins, l'union libre étant en fait renvoyée dans le non-droit. [...] Il a indiqué que le collectif pour l'union libre proposait d'instituer une reconnaissance juridique véritable du concubinage, dans le souci d'un égal accès de chacun à la protection de la loi, en prenant en compte l'évolution sociologique du pays. Il a cependant fait valoir qu'il ne s'agissait pas de donner par cette réforme un cadre légal contraignant au concubinage qui constituait par essence une union de fait [...] M. Xavier Tracol a considéré que des droits supplémentaires devraient être accordés à l'ensemble des concubins, tant en ce qui concerne leurs rapports privés que leurs relations avec les tiers [...]. Il a en effet fait valoir que les concubins devraient être libres d'organiser leurs rapports matériels, grâce à la possibilité d'opter pour un régime de biens contractuels et à une présomption d'indivision qui s'attacherait aux biens acquis durant la vie commune. Il a relevé que le principe d'indivision posé par la proposition de loi risquait de poser des problèmes pratiques, aucune alternative n'étant prévue, ce qui apparaissait en contradiction avec la logique de l'union libre et la liberté de disposer. Rappelant que la logique du concubinage impliquait une absence d'engagement, il a estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire du concubin un héritier légal mais seulement de lui permettre d'hériter dans les mêmes conditions qu'un conjoint sur le plan fiscal. Enfin, il a souhaité que soient étendus aux concubins les droits reconnus aux conjoints en matière de sécurité sociale, vis-à-vis des instances médicales, quant à l'organisation des funérailles et enfin pour la délivrance d'un titre de séjour et d'un permis de travail à un partenaire de nationalité étrangère » : <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/fr/senat990127.html>. Voir aussi les propos de M. Bernard Teper, chargé de la communication au sein de l'Union des familles laïques, qui s'est interrogé sur la possibilité de reconnaître aux concubins dans certains domaines des droits identiques à ceux des couples mariés, ce qui leur permettrait de faire un véritable choix entre le mariage et le concubinage : En ligne à <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1483.asp>.

Comme on peut le constater, la toile de fond du débat juridique et politique sur l'union de fait en France et au Québec présente d'importantes différences. L'absence d'encadrement juridique des rapports des conjoints de fait est, en France, une donnée factuelle que l'on ne cherche pas à rationaliser en recourant, comme au Québec, aux arguments du libre choix et de l'autonomie de la volonté[157]. Si quelques acteurs se sont récemment prononcés en faveur d'une consolidation du « régime juridique » du concubinage, (sans toujours distinguer les différents droits dont pourraient éventuellement bénéficier les conjoints de fait), leurs prétentions ne semblent pas avoir ébranlé le gouvernement au point de l'amener à justifier ouvertement ses choix législatifs. Une telle attitude peut sans doute s'expliquer par la hiérarchisation des modes de vie conjugale qui semble toujours prévaloir en France[158]. Si l'on postule la supériorité d'un statut par rapport à un autre, nul besoin de justifier ou de rationaliser autrement les différences et les divergences qui les distinguent. Il y a d'abord et avant tout le mariage, viennent ensuite le pacs puis, non loin, l'union de fait. Comme le reconnaissent tous les acteurs, le législateur français a déployé moult efforts pour éviter qu'on ne puisse assimiler le pacs à une véritable institution concurrente au mariage[159]. Tout au plus s'agit-il d'un contrat patrimonial aux conséquences limitées[160]. Le mariage occupe donc encore et toujours le haut du pavé. Quant à l'union de fait, le législateur français se contente d'en mentionner l'existence, sans plus.

---

157. Un des rares auteurs à envisager directement la question sous cet angle est Helen MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre. Étude des droits suisse, français et allemand*, Genève, Librairie Droz, 1986, p. 146-147.

158. Commentant le nouvel article sur le concubinage, Carbonnier écrit : « Quelle est la portée d'un tel constat ? Le législateur de 1999 a entendu, sans doute, souligner le contraste avec l'union de droit qu'il instituait simultanément – le pacs – et du même coup valoriser celui-ci » : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, « Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple », 1re éd., Quadrige, collection « Quadrige. Manuels », Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 1455, no 648. À propos des règles de droit social qui couvrent en partie les concubins, le doyen Cornu écrit : « Cette assimilation apparaît de façon atypique comme une façon de ne pas faire à l'union libre une situation privilégiée, par rapport au mariage » : Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 90, no 47. Dominique VICH-Y-LLADO, *La désunion libre*, t. II, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 84 : « [...] en créant le pacte civil de solidarité, le législateur n'a pas réellement porté atteinte à ce monopole du mariage, en faisant d'une union hors mariage un engagement aussi complet et contraignant que celui des époux ». Voir cependant Clotilde BRUNETTI-PONS qui refusent de « [...] reconnaître à une forme d'union plus de qualités qu'aux autres » : « De l'émergence d'une hiérarchie des couples », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 35, à la p. 39.

159. Alain ROY, « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », 3-2002 *Revue internationale de droit comparé* 759.

160. Sous réserve du nouveau devoir d'assistance et de vie commune auxquels sont les pacsés sont tenus depuis la Loi du 23 juin 2006.

En somme, l'attitude du législateur français face à l'union de fait témoigne non plus d'un désintérêt, comme à l'époque de Napoléon, mais d'une tolérance, voire d'une certaine résignation face à ceux qui, comme le souligne Philippe Jestaz, préféreront toujours rester au maximum dans le pur fait et l'officieux, « [...] en dépit des efforts accomplis dans leur direction »[161]. Le législateur français prend acte du phénomène, sans y voir un véritable « choix de vie »[162] et sans non plus chercher à le légitimer ou à reconnaître la signification qui lui est propre. Tout au plus assure-t-il aux concubins une protection sociale minimale, en empruntant ça et là au régime juridique du mariage, sans véritable perspective d'ensemble. Comme l'explique Carbonnier, « pas de lien de droit comparable à celui – à nul autre pareil lui-même – qui existe entre les époux. Un lien de fait uniquement, qui sporadiquement émerge du droit, comme dans un effort pour retrouver des traits du mariage »[163].

2. Le droit belge

- ***Un code civil emprunté, une évolution semblable***

En faisant sien le Code civil français adopté en 1804[164], la Belgique a implicitement entériné la politique du législateur voisin à l'endroit des conjoints non

161. Philippe JESTAZ, « Rapport de synthèse », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 191, à la p. 204.
162. « Certes, le législateur intervient par des lois spéciales, soit en faveur, soit en défaveur des concubins, souvent en opérant un rapprochement entre la situation des personnes mariées et celle de ceux qui ne le sont pas. C'est le cas, en droit social, en droit fiscal, en droit du logement, mais, le concubinage n'est pas considéré en lui-même » : Dominique VICH-Y-LLADO, *La désunion libre*, t. II, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 64. Voir également Irène THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 140.
163. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, « Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple », 1re éd., Quadrige, collection « Quadrige.Manuels », Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 1461, nº 650. Alain Sériaux écrit : « [...] le mariage est juridiquement un et unique. Quel que soit leur degré de stabilité, les autres relations sexuelles sont toutes réduites à puiser en lui leur inspiration : seul un modèle peut prétendre à la catégorie juridique de statut, ce n'est d'ailleurs que dans la mesure où les concubinages participent de la nature du mariage qu'ils relèvent davantage d'une telle catégorie... » : Alain SÉRIAUX, « De l'opportunité d'un statut des concubins », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 39, à la p. 32.
164. Nicole Verheyden-Jeanmart et Jean-Louis Renchon décrivent en ces termes l'histoire commune du Code Napoléon et du Code belge : « Le Code Napoléon constitue toujours le Code civil de la Belgique. Au moment de sa promulgation par la loi du 30 ventôse an XII, les provinces belges faisaient en effet partie intégrante de la France pour y avoir été annexées par les décrets des 1er août et 26 octobre 1795. Comme la Hollande fut également annexée, en 1810, par la France, le Code civil

(à suivre...)

mariés : « [l]e Code civil [belge] se caractérise par un silence absolu à l'égard des concubins. Rien ne leur est interdit ; en revanche, aucun droit ne leur est reconnu »[165]. Le même débat que celui qui eut cours en droit français à propos des libéralités entre concubins se transposa donc naturellement en Belgique. Les donations entre concubins belges subirent ainsi – et pendant très longtemps – l'assaut d'une jurisprudence et d'une doctrine hostiles[166]. Comme l'écrivait Jean Dabin :

> [...] tant que la loi n'aura pas substitué au mariage l'union libre, le fait du concubinage sera irrégulier, illégal, non seulement sous l'angle des bonnes mœurs, telles que la loi les entend, mais sous l'angle spécifique de l'ordre public, dont le mariage est l'une des institutions. D'où il suit que tout acte qui favorise le concubinage, battant en brèche l'institution du mariage, emporte de soi échec à la loi[167].

Le mouvement de libéralisation des mœurs qui balaya la France à la fin des années 60 s'étendit à la Belgique et suivit le même cheminement. En droit, ce mouvement permit d'aborder les libéralités et les transferts entre concubins sous un angle relativement technique. Prenant désormais appui sur les articles 1123 et 902 du Code civil qui prévoient qu'une incapacité n'existe que dans la seule mesure prévue par la loi, la jurisprudence et la doctrine reconnurent la validité des donations entre concubins, même stipulées irrévocables[168]. Comme au

---

(...suite)
des Français y fut également introduit et il y demeura provisoirement en vigueur, après la défaite de la France, pendant toute la période où les provinces belges furent réunies à la Hollande sous la souveraineté de la Maison d'Orange. Quelques mois avant la date qui avait été fixée pour l'entrée en vigueur sur les territoires hollandais et belge du nouveau code civil hollandais, la Belgique proclama son indépendance et décida de conserver provisoirement le Code civil des Français. Bien que l'article 149 de la Constitution belge, voté le 7 février 1831, proclama la nécessité de pourvoir à la révision de tous les codes, ce travail ne fut jamais réalisé pour le Code civil et la Belgique est, dès lors, toujours restée soumise au Code civil des Français de 1804, dont le texte a, jusqu'à présent, subi moins de modifications qu'en France » : Nicole VERHEYDEN-JEANMART et Jean-Louis RENCHON, « Le développement de la famille de fait en droit belge », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, Paris, Éditions du CNRS, 1989, p. 63, à la p. 89, note 85.

165. Nicole VERHEYDEN-JEANMART et Jean-Louis RENCHON, « Le développement de la famille de fait en droit belge », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, Paris, Éditions du CNRS, 1989, p. 63, à la p. 66.

166. La validité des autres types de transferts fut également contestée puisqu'on y voyait l'instrument par lequel les concubins entendaient faire « [...] naître, maintenir ou rémunérer des relations considérées illicites ou immorales » : Nicole VERHEYDEN-JEANMART et Jean-Louis RENCHON, « Le développement de la famille de fait en droit belge », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, Paris, Éditions du CNRS, 1989, p. 63, aux p. 81-82.

167. Jean DABIN, « Cause illicite en matière de donations », (1954) *R.C.J.B.* 14-15.

168. L'article 1906 du Code civil pose le principe de la révocabilité des donations entre époux faites pendant le mariage autrement que par contrat de mariage. Voir Michel

(à suivre...)

Québec (mais au contraire de la France), cette marge de manœuvre nouvellement reconnue aux conjoints de fait favorisa l'émergence d'une pratique de contrats de vie commune. Ainsi que l'observent Nicole Verheyden-Jeanmart et Jean-Louis Renchon :

> Depuis quelques années, les notaires et avocats sont de plus en plus sollicités pour rédiger les conventions qui détermineront le statut patrimonial des concubins. De telles conventions sont valables sous réserve de la théorie de la cause illicite. En effet, dès l'instant où le concubinage n'est plus tenu pour immoral en soi, on voit mal à quel titre on refuserait aux parties, le droit d'éviter, par une convention, les conflits que de toute manière le juge devra trancher[169].

Le statut des enfants nés hors mariage fut également rehaussé, mais le législateur belge progressa en cette matière à un rythme plutôt lent. En 1979, la Cour Européenne des droits de l'Homme rappela d'ailleurs la Belgique à l'ordre, considérant qu'un certain nombre de dispositions du Code civil relatives au statut de l'enfant naturel violaient les articles 8 et 14 de la Convention Européenne des droits de l'Homme[170]. Ce n'est qu'en 1987 que la Belgique réagit à ce jugement en consacrant le principe de l'égalité des filiations[171] :

(...suite)
HANOTIAU, « Réflexions sur l'union libre », dans Philippe DE PAGE et Robert DE VALKENEER (dir.), *L'union libre*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 6, à la p. 17. Et tandis que les ventes entre époux demeuraient frappées de nullité, celles dont pouvaient convenir les concubins n'étaient plus soumises à quelque restriction que ce soit : Code civil, art. 1595.

169. Nicole VERHEYDEN-JEANMART et Jean-Louis RENCHON, « Le développement de la famille de fait en droit belge », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, Paris, Éditions du CNRS, 1989, p. 63, à la p. 79. Il semble toutefois qu'en droit belge, une telle convention ne pourrait régir les effets personnels de la relation : « Une clause qui imposerait une obligation de fidélité ou qui entraverait la liberté de rupture serait nulle sans aucune contestation possible puisqu'elle porterait atteinte à la liberté du mariage qui, dans l'état actuel de notre droit, n'est pas susceptible de renonciation » : *ibid.*, p. 76. Au sujet d'une clause par laquelle les conjoints de fait établiraient une obligation alimentaire entre eux, voir Nathalie DANDOY, « Les effets alimentaires de la vie en couple », dans Jean HAUSER et Jean-Louis RENCHON (dir.), *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ?*, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 2005, p. 81.

170. (1979) *Revue trimestrielle de droit familial* 227. Voir Sophie DEMARS, « La problématique générale des conventions de vie commune », dans Jean-Louis RENCHON et Fabienne TAINMONT (dir.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, à la p. 73 et, dans le même ouvrage, Jean-François TAYMANS, « La convention notariée de vie commune », à la p. 103.

171. Loi du 31 mars 1987. Cette loi a maintenu toutefois certaines distinctions quant au mode d'établissement de la filiation des enfants nés hors mariage. Ces différences portent essentiellement sur la reconnaissance volontaire par le père de l'enfant né d'une mère non mariée et sur l'absence de présomption de paternité en matière d'union de fait. Par ailleurs, jusqu'en 2006, l'enfant né d'une relation adultérine ne pouvait porter le nom de son père qu'avec le consentement de l'épouse de celui-ci (ancien art. 334 bis C.civ., abrogé par la loi du 1er juillet 2006, *M.B.*, 29 décembre
(à suivre...)

> Quel que soit le mode d'établissement de la filiation, les enfants et leurs descendants ont les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard des père et mère et de leurs parents et alliés, et les père et mère et leurs parents alliés ont les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard des enfants et de leurs descendants[172].

La réforme de 1987 laissa cependant intact le principe hérité du Code Napoléon suivant lequel « nul ne peut être adopté par plusieurs si ce n'est pas deux époux »[173]. Le législateur belge reviendra toutefois à la charge en 2006 pour l'abroger de manière définitive. Aujourd'hui, en Belgique (contrairement à la situation qui prévaut en France), les conjoints de fait sont donc admis à adopter un enfant en commun, dès lors qu'ils ont partagé trois années de vie commune[174].

- ***Le droit social et fiscal***

Le législateur belge ajusta également la plupart de ses législations à caractère social afin d'y soumettre les concubins, que ce soit à leur avantage ou leur désavantage. Tel fut le cas, notamment, en matière d'assurance santé, de chômage et d'allocations familiales[175]. La discrimination traditionnellement exercée

---

(...suite)
2006). Il ne pouvait recueillir des biens en nature dans la succession de son auteur qu'avec le consentement du conjoint survivant ou des enfants nés du mariage (ancien art. 837 C.civ. abrogé par la loi du 1er juillet 2006, *M.B.*, 27 décembre 2006) : Nicole VERHEYDEN-JEANMART et Jean-Louis RENCHON, « Le développement de la famille de fait en droit belge », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, Paris, Éditions du CNRS, 1989, p. 63, aux p. 91-97. Pour ces auteurs, (p. 107), le législateur belge, « hanté par les archétypes de la famille traditionnelle », n'a pu s'empêcher de réintroduire de telles distinctions entre enfants nés hors mariage et enfants « légitimes ».

172. Code civil belge, art. 334.

173. Code civil belge, art. 346 (1987). Cependant, les conjoints de fait peuvent recourir à la procréation médicalement assistée : Nicole VERHEYDEN-JEANMART et Jean-Louis RENCHON, « Le développement de la famille de fait en droit belge », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, Paris, Éditions du CNRS, 1989, p. 63, aux p. 98-100.

174. Article 343 §1er C.civ., tel que modifié par la loi du 24 avril 2003 (*M.B.* 16 mai 2003). La restriction à l'égard des couples homosexuels ne fut cependant levée qu'en 2006 (loi du 18 mai 2006, publiée au Moniteur Belge le 20 juin 2006, qui a permis l'adoption par deux personnes de même sexe).

175. Florence REUSENS, « Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié : le statut social », dans Jean HAUSER et Jean-Louis RENCHON (dir.), *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ?*, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 2005, p. 310 et s. ; Jean-Louis RENCHON, « La loi belge du 23 novembre 1998 relative à la cohabitation légale », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 141, à la p. 150, note 9. Voir également Nicole VERHYDEN-JEANMART et Jean-Louis RENCHON, « Le développement de la famille de fait en droit belge », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, Paris, Éditions du CNRS, 1989, p. 63, aux p. 69-71 et Viviane VANNES, « Le droit social et le ménage de fait », dans Philippe DE PAGE et Robert DE VALKENEER (dir.), *L'union libre*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 249.

à l'endroit des concubins de même sexe fut par ailleurs levée en 2000, ceux-ci étant dès lors habilités à profiter du régime de la sécurité sociale aux mêmes conditions et dans les mêmes limites que les conjoints de fait hétérosexuels[176]. Mais comme l'expliquent Jehanne Sosson et Nathalie Dandoy, l'ouverture du législateur à l'égard des conjoints de fait ne fut jamais universelle, certaines mesures de soutien social et économique et non les moindres (pensions de retraite et de survie) échappant de tout temps à leur emprise[177] :

> Certains régimes ou secteurs de la sécurité sociale résistent aujourd'hui encore à la pratique presque généralisée d'assimilation du couple non marié aux conjoints en maintenant une différence entre ces deux catégories de couples, ou plutôt en ignorant la situation des couples non mariés[178].

Sur le plan fiscal, les réformes du 8 août 1980 et du 11 avril 1983 confirmèrent clairement l'absence de toute assimilation des conjoints de fait aux conjoints mariés, le droit belge demeurant, à cet égard, comparable au droit français. Aux yeux du fisc, les concubins belges ne forment donc pas un « foyer fiscal », étant tenus de s'imposer de manière individuelle[179].

- ***La Loi du 23 novembre 1998 instituant la cohabitation légale***

En 1998, le législateur belge procéda à l'adoption de la Loi instituant la « cohabitation légale »[180]. Comme l'union civile et le pacs, la cohabitation légale constitue une forme de partenariat civil permettant aux couples non mariés de

176. Loi du 12 août 2000, M.B., 31 août 2000. Le chapitre IV de cette loi (art. 67 et s.) vise en effet à remédier aux « discriminations fondées sur le sexe des personnes qui forment un ménage ».
177. Il s'agit essentiellement des pensions de retraite et de survie et des avantages liés aux accidents de travail et maladies professionnelles : Florence REUSENS, « Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié : le statut social », dans Jean HAUSER et Jean-Louis RENCHON (dir.), *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ?*, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 2005, p. 323 et s. De même, aucun droit au maintien dans les lieux n'est accordé au conjoint de fait non locataire, ce dernier étant tenu de quitter les lieux loués en cas de décès ou de rupture du conjoint locataire.
178. Jehanne SOSSON et Nathalie DANDOY, « La reconnaissance juridique du couple non marié », dans Jean-Louis RENCHON et Fabienne TAINMONT (dir.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 45, à la p. 48.
179. Il semble que les concubins tirent profit de cette situation, sauf en regard de l'impôt sur les libéralités.
180. Loi du 23 novembre 1998, *M.B.*, 12 janvier 1999. La loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2000. Pour un exposé du processus législatif ayant mené à l'adoption de cette loi, voir Jean-Louis RENCHON, « Les conjugalités en droit belge », dans Jacqueline FLAUSS-DIEM et Georges FAURÉ (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, Paris, P.U.F., 2005, p. 85, aux p. 89 et s.

profiter d'un certain encadrement juridique. En instaurant la cohabitation légale, explique Sabrina Otten, le législateur belge visait un double objectif :

> D'une part, le législateur a voulu prendre en compte l'augmentation du nombre de couples non mariés et leur assurer une protection juridique, et, d'autre part, la communauté homosexuelle éprouvait le besoin d'une forme de reconnaissance légale de l'union entre deux personnes de même sexe[181]. Elle présente un double avantage puisque, d'une part, elle augmente l'offre de choix entre différentes formes de couples réglementées, ce qui exprime un respect de l'autonomie de l'individu à choisir son mode de fonctionnement du couple et donc sa vie affective, et, d'autre part, elle constitue un véritable accès au droit pour les couples homosexuels, ce qui conduit à lui conférer une véritable portée symbolique[182].

Contrairement au législateur français et au législateur québécois qui réservèrent respectivement l'accès au pacs et à l'union civile aux seuls couples composés de conjoints, le législateur belge rendit la cohabitation légale accessible à tout couple, quelle que soit sa composition. Outre les conjoints hétérosexuels et homosexuels, deux amis ou deux personnes apparentées, comme un frère et une sœur partageant le même toit, furent admis à consacrer leur relation d'interdépendance économique en adhérant au nouveau régime légal.

La cohabitation légale génère un certain nombre d'effets entre cohabitants[183]. Ceux-ci ont l'obligation de contribuer aux charges de la vie commune selon leurs facultés respectives et sont tenus solidairement responsables des dettes contractées pour les besoins de la vie commune. Tout comme les époux, les cohabitants sont assujettis à certaines mesures de protection de la résidence familiale et des meubles meublant. Un « régime matrimonial » légal de type séparation de biens s'applique également à eux. Depuis le 28 mars 2007[184], le cohabitant légal survivant est appelé à recueillir l'usufruit (ou le droit au bail si les cohabitants sont locataires) de l'immeuble affecté durant la vie commune à la

181. Notons que le législateur belge a reconnu le mariage entre conjoints de même sexe au terme de la Loi du 13 février 2003. Voir Jean-Louis RENCHON, « Les conjugalités en droit belge », dans Jacqueline FLAUSS-DIEM et Georges FAURÉ (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, Paris, P.U.F., 2005, p. 85, aux p. 99 et s.
182. Sabrina OTTEN, « La cohabitation légale en droit belge et en droit allemand : deux itinéraires dissemblables », (2007) 52 *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* 101, 103. Voir également Jean-Louis RENCHON, « La loi belge du 23 novembre 1998 relative à la cohabitation légale », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 141, aux p. 142-143 et Marta COSTA, « La cohabitation légale belge et l'union de fait portugaise », (2007) 52 *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* 131, 133.
183. Pour une description détaillée du régime juridique de la cohabitation légale, voir Alain ROY, « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », 3-2002 *Revue internationale de droit comparé* 759.
184. Loi du 28 mars 2007, *M.B.*, 8 mai 2007.

résidence commune de la famille, ainsi que les meubles qui le garnissent. Il s'agit là d'une nouveauté puisqu'à l'origine, les dispositions du Code civil n'attribuaient aucune vocation successorale particulière aux cohabitants.

La cohabitation légale ne constitue pas une voie d'accès privilégiée aux droits sociaux, les cohabitants n'étant nullement assimilés aux époux en droit statutaire[185]. Ils peuvent néanmoins prétendre aux droits et avantages prévus aux termes des différentes législations sociales dans la même mesure et aux mêmes conditions que les conjoints de fait. Le droit fiscal relève quant à lui d'une autre perspective. Depuis 2005, cohabitants légaux et époux sont appréhendés de la même façon par les autorités fiscales, jouissant ainsi des mêmes privilèges et subissant les mêmes fardeaux[186].

Contrairement au législateur français qui profita de la réforme du pacs pour introduire dans le Code civil une définition formelle du concubinage, le législateur belge n'accompagna sa réforme d'aucune allusion spécifique aux conjoints de fait qui, pour une raison ou pour une autre, n'adhéreraient pas au cadre juridique de la cohabitation légale. Le Code civil belge demeura donc parfaitement silencieux à l'égard de l'union de fait « véritable », phénomène que certains désignent aujourd'hui sous le nom d'« union de fait non légalisée » pour le distinguer de l'union de fait légalisée à quoi prétend correspondre la cohabitation légale.

* * *

De l'avis même des autorités gouvernementales, la cohabitation légale représente un compromis entre différentes tendances politique et idéologi-

185. Une proposition de loi présentée le 14 mai 2001 visait à rendre applicable aux cohabitants légaux le régime dont bénéficient les époux en matière de pensions de retraite et de survie, d'accident de travail et de maladie professionnelle mais cette proposition est restée lettre morte (Doc. Parl. Ch., session 2000-2001, nº 0661/002).

186. Loi du 10 août 2001, *M.B.*, 20 septembre 2001. Les cohabitants purent ainsi bénéficier des dispositions fiscales avantageuses aux époux, mais subirent du même coup l'application des dispositions qui leur sont désavantageuses. Il semble que cette modification ait été rendue possible en raison de la nouvelle configuration du Parlement belge qui, au contraire du précédent, privilégia une approche plus neutre de la conjugalité : « Il n'y avait plus lieu pour l'État, dans une telle perspective, de privilégier le mariage, dès lors que l'État n'avait plus à défendre un modèle plutôt qu'un autre de conjugalité et que c'est au contraire la liberté de choix du citoyen qui devait être assurée en n'attachant pas à un modèle plutôt qu'à un autre une quelconque faveur ou défaveur fiscale » : Jean-Louis RENCHON, « Les conjugalités en droit belge », dans Jacqueline FLAUSS-DIEM et Georges FAURÉ (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, Paris, P.U.F., 2005, p. 85, à la p. 98. Avant cette date, la cohabitation légale n'avait aucun impact en matière fiscale : voir Renaud THUNGEN et Philippe DE PAGE, « Les couples mariés et les cohabitants : leurs assimilations fiscales atypiques », (2002) 4 *Revue trimestrielle de droit familial* 537.

ques[187]. Si la plupart des acteurs du monde politique s'entendaient sur la nécessité d'assurer une certaine reconnaissance aux couples non mariés, certains s'opposaient vivement à ce que la formule retenue puisse, directement ou indirectement, porter ombrage au mariage. Ainsi, l'idée d'assujettir de plein droit les conjoints de fait à un ensemble de droits et d'obligations empruntés au statut matrimonial fut d'emblée rejetée[188]. Selon la Commission de la Justice de la Chambre chargée d'examiner une version préliminaire du projet de législation, « [m]ettre sur le même pied le mariage et l'union libre reviendrait à brouiller les repères symboliques et traditionnels fondamentaux de la société »[189]. Dans cette perspective, la seule option acceptable fut de créer un cadre aux effets patrimoniaux minimalistes, ouverts à toutes les catégories de cohabitants, « y compris ceux qui ne forment pas un couple au sens affectif et sexuel du terme »[190].

Bien qu'elle soit apparue moins marquée qu'en France, l'idée d'une hiérarchie entre les formes de vie conjugale ressort donc du discours politico-législatif belge. On peut toutefois percevoir une certaine évolution à travers les interventions des dernières années. Ces interventions permettent de croire que

187. Voir l'analyse de Jean-Louis RENCHON, « La loi belge du 23 novembre 1998 relative à la cohabitation légale », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 141, aux p. 150 et s.

188. Il semble que cette idée ait été directement proposée à la Commission de la Justice de la Chambre par un expert, le professeur A.C. Van Gysel de l'Université Libre de Bruxelles. Voir Jean-Louis RENCHON, « La loi belge du 23 novembre 1998 relative à la cohabitation légale », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 141, à la p. 151. Le professeur Renchon semble lui-même être partisan de cette approche : [...] la fonction de la loi est, souvent, dans les relations juridiques privées, d'assurer une protection impérative minimale, sans la subordonner au choix qui aurait nécessairement dû être préalablement fait de s'y soumettre volontairement. Ne doit-on pas constater, en effet, que le « libre marché » des règles juridiques emporte presque toujours un risque de soumission de la partie la plus faible à la loi ou exigences de la partie la plus forte ? » – Jean-Louis RENCHON, « La loi belge du 23 novembre 1998 relative à la cohabitation légale », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 141, à la p. 146.

189. Propos rapportés par Jean-Louis RENCHON, « La loi belge du 23 novembre 1998 relative à la cohabitation légale », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 141, à la p. 151.

190. Jean-Louis RENCHON, « La loi belge du 23 novembre 1998 relative à la cohabitation légale », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 141, à la p. 152. Ainsi, poursuit Sabrina Otten, « la crainte de certains parlementaires de créer une organisation juridique du couple portant atteinte au mariage a poussé le législateur belge à adopter un régime excluant tout élément affectif ou sexuel » : Sabrina OTTEN, « La cohabitation légale en droit belge et en droit allemand : deux itinéraires dissemblables », (2007) 52 *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* 101, 103.

le législateur belge cherche maintenant à atténuer la supériorité du mariage par rapport à la cohabitation légale. Comme l'observe Jean-Louis Renchon :

> Les effets juridiques du statut de la cohabitation légale vont aussi progressivement s'étendre, car la tendance actuelle est, à l'occasion de législations particulières, d'adopter une règle identique pour le statut du mariage et de la cohabitation légale[191].

L'assimilation est cependant loin d'être acquise. La suprématie du statut matrimonial se pose encore en principe, comme en témoigne l'accès réservé aux pensions de retraite et de survie dont les époux sont encore les seuls à bénéficier.

Cela dit, le modèle législatif belge se distingue du modèle français en ce qu'il ne hiérarchise pas trois formes de vie conjugale (mariage – pacs – concubinage), mais deux. Il y a, en Belgique, le mariage (très inclusif puisque désormais ouvert aux couples de même sexe) et la cohabitation qui peut être légalisée, si tel est le désir des principaux intéressés. Au plan conceptuel, la « cohabitation légale » n'est donc pas un régime intermédiaire entre le mariage et l'union de fait, comme l'est le pacs. Il s'agit d'une union de fait, mais une union de fait qui, outre les conséquences qu'on lui rattache en droit social, produit également des effets en droit privé et en droit fiscal. La terminologie employée dans plusieurs lois belges semble d'ailleurs appuyer cette interprétation. Le législateur y désigne l'ensemble des conjoints de fait sous le nom de « cohabitants ». Lorsqu'il veut cibler les conjoints de fait qui ont adhéré au régime de la cohabitation légale par rapport à ceux qui n'y ont pas adhéré, il les qualifie alors de « cohabitants légaux »[192]. En permettant aux conjoints de fait de « légaliser » leur union, le législateur belge n'aurait donc pas instauré un nouveau type de structure conjugale, il aurait simplement doté l'union de fait d'un cadre juridique qui lui est propre[193] :

> L'impact fondamental de cette loi est de légaliser – et par là même de légitimer socialement – le concubinage. Le législateur reconnaît et consacre en effet, dans le Code civil, un modèle de vie en couple qui avait jusqu'il n'y a guère longtemps été

191. Jean-Louis RENCHON, « Les conjugalités en droit belge », dans Jacqueline FLAUSS-DIEM et Georges FAURÉ (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, Paris, P.U.F., 2005, p. 85, à la p. 99.
192. Voir Florence REUSENS, « Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié : le statut social », dans Jean HAUSER et Jean-Louis RENCHON (dir.), *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ?*, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 2005, p. 317.
193. Depuis 2003, la cohabitation légale n'a d'ailleurs plus d'autres destinataires que les conjoints de fait pris dans leur globalité, les aspirations égalitaires des couples de même sexe pouvant désormais trouver réponse dans le mariage.

considéré comme « hors la loi », car incompatible avec le seul modèle légitime du mariage[194].

Ainsi, contrairement au législateur français qui, après avoir défini le concubinage, s'est abstenu de l'organiser en tant que modèle de vie en couple, le législateur belge prétend quant à lui l'avoir consacré par l'adoption des dispositions relatives à la cohabitation légale. Bien qu'en définitive, le traitement juridique des « vrais » conjoints de fait (c'est-à-dire ceux qui restent en marge de tout cadre légal, qu'il soit marital ou partenarial) demeure sensiblement le même en France et en Belgique, la nuance est intéressante en ce qu'elle nous permet de comprendre la façon dont chacun des législateurs appréhende le phénomène de l'union de fait. En Belgique, l'union de fait non légalisée ne constituerait pas un état soi disant inférieur à l'union de fait légalisée, mais une simple variante.

Mais peu importe les interprétations que l'on peut avancer quant à l'attitude d'un législateur par rapport à l'autre, un constat paraît s'imposer : l'union de fait demeure, dans les deux États, une situation subordonnée au mariage, le « statut » de conjoint de fait (légal ou non) étant nettement supplanté par celui d'époux.

3. Le droit des provinces canadiennes de common law

- ***Common law et droit statutaire***

Au Canada anglais, l'union de fait a connu une évolution sociale comparable à celle qu'on a pu observer au Québec et en Europe[195]. Jusqu'au début des années 60, seuls le couple et la famille unis par les liens du mariage bénéficiaient d'une véritable reconnaissance sociale et juridique. Au sens de la common law canadienne et des lois statutaires alors en vigueur, la cohabitation hors mariage n'existait tout simplement pas :

194. Voir Jean-Louis RENCHON, « Où vont le mariage et le concubinage ? État des lieux en Belgique », dans *Des concubinages en droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 492, à la p. 494. Cette manière de voir les choses laisse évidemment peu de place à l'idée d'assujettir de plein droit les « vrais » conjoints de fait à des obligations réciproques.

195. « Turning to the situation in Canada, [...] heterosexual cohabitation is now almost fully accepted as social institution. Over the past 30 years or so we have seen the increasing equation of marriage and heterosexual cohabitation » : Winifred HOLLAND, « Introduction », dans Winifred HOLLAND et Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, *Cohabitation – The Law in Canada*, Toronto, Carswell, 2007, p. 1-1, à la p. 1-3. Voir également Suzanne BOIVIN, « J'me marie ? J'me marie pas ? *Étude de la situation juridique des conjoints de fait en droit canadien* », dans Élizabeth SLOSS (dir.), *Le droit de la famille au Canada : Nouvelles orientations*, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1985, p. 179, à la p. 181.

> In the early 60s cohabitants as a group were largely ignored by the legal system. To take but one example, a widely used text in the family law field in England defined the family as follow : "[f]or our purpose we may regard the family as basis social unit which consists normally of a husband and wife and the children." The term cohabitation which appears in the index refers only to married cohabitation. The situation in Canada and other jurisdiction was comparable.[196]

Les contrats dont pouvaient convenir les conjoints de fait subissaient le même sort qu'au Québec, la common law comme le droit civil y voyant l'expression tangible d'une relation jugée socialement immorale :

> At common law contracts which promoted sexual immorality were considered illegal. Extra-marital sex was perceived as immoral and if contract in question promotes extra-marital relationships it would not be enforced.[197]

Outre le caractère immoral qu'ils y rattachaient, les tribunaux étaient par ailleurs portés à voir dans les arrangements dont pouvaient convenir les conjoints de fait de simples promesses sans véritable conséquence juridique[198]. Certains s'interrogeaient également sur la validité de la « considération » inhérente aux contrats intervenus, élément qui, au sens de la common law, participe de la formation même du contrat[199]. Dans les années 70 et par la suite, plusieurs législateurs provinciaux adoptèrent des dispositions dérogatoires à la common law dans le but d'autoriser et d'encadrer le recours aux contrats d'union de fait[200]. Des disposi-

196. Winifred HOLLAND, « Introduction », dans Winifred HOLLAND et Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, *Cohabitation – The Law in Canada*, Toronto, Carswell, 2007, p. 1-1, à la p. 1-11.
197. *Ibid.*, p. 1-23. Voir *Fender* c. *Mildmay*, [1938] A.C. 1 (U.K. H.L.) et *Frere* c. *Shields*, [1939] 2 W.W.R. 396 (Sask. C.A.).
198. Voir *Lazarenko* c. *Borowsky*, [1966] R.C.S. 556, 560 et *Deleeuw* c. *Deleeuw*, 3 R.F.L. (2d) 347 (B.C.C.A.).
199. Voir *Holli* c. *Kost*, (1972) 7 R.F.L. 77 (B.C.S.C.) et *Re Spear and Levy*, (1974) 52 D.L.R. (3d) 146, 19 R.F.L. 101. Voir également ce qu'écrivent Edith Deleury et Marlène Cano à propos de la « considération » en common law, comme élément de formation du contrat : « Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Des concubinages dans le monde*, Paris, Éditions du CNRS, 1990, p. 85, aux p. 93-94.
200. Il s'agit de l'Ontario (*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, art. 55(1) et s.) ; de l'Île-du-Prince-Édouard (*Family Law Act*, c. F-2.1, art. 54(1)) ; du Nouveau-Brunswick (*Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1, art. 35(1) et s.) ; de Terre-Neuve (*Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-2, art. 63(1) et s.) ; de la Colombie Britannique (*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, art. 89(1)) et du Manitoba (*Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F-20, art. 5 et s.). En Alberta, en Nouvelle-Écosse et en Saskatchewan, aucune disposition spécifique ne porte sur les contrats de cohabitation, ce qui ne veut pas dire cependant que les conjoints de fait de ces provinces ne peuvent y avoir recours : Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, « Cohabitation Agreement, Common Law Provinces », dans Winifred HOLLAND et Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, *Cohabitation – The Law in Canada*, Toronto, Carswell, 2007, p. 5-1, aux p. 5-10 et 5-34.

tions traitant spécifiquement des « contrats de cohabitation » furent ainsi intégrées au droit statutaire[201].

La common law canadienne n'était guère plus réceptive à l'égard des enfants issus de l'union de fait. Privés de droits, ceux-ci se voyaient attribuer un « statut » tout aussi discriminant que celui dont héritaient les enfants illégitimes des pays de droit codifié. C'est d'ailleurs sous ce même vocable que la jurisprudence et la doctrine les désignaient[202].

La discrimination induite par la common law à l'endroit des enfants de l'union de fait fut graduellement éliminée au cours des dernières décennies[203]. Ainsi, dans toutes les provinces canadiennes, les enfants peuvent-ils aujourd'hui prétendre aux mêmes droits et aux mêmes privilèges, quelles que soient les circonstances de leur naissance[204].

Durant la même période, la plupart des législateurs provinciaux intervinrent pour autoriser les conjoints de fait à adopter un enfant en commun[205]. Terre-Neuve ne leur a cependant reconnu ce droit qu'en 2002, alors que le Nouveau-Brunswick ne le leur a attribué qu'en 2007[206]. Par ailleurs, deux provinces, soit l'Alberta et l'Île-du-Prince-Édouard, semblent toujours réserver des privilè-

201. En Colombie-Britannique, la loi prévoit expressément qu'un couple de conjoints de fait qui s'engage par contrat d'union de fait est assujetti aux dispositions légales relatives au partage des biens familiaux. Ainsi, dans la mesure où le couple ne veut pas d'un tel partage, il doit le mentionner dans le contrat, sous réserve du pouvoir du tribunal d'écarter l'entente en cas d'iniquité : *Family Relations Ac*t, R.S.B.C. 1996, c. 128.
202. Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, « Children », dans Winifred HOLLAND et Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, *Cohabitation – The Law in Canada*, Toronto, Carswell, 2007, p. 6-1, aux p. 6-1 et 6-3.
203. Nicholas BALA et R. JAREMKO BROMWICH, « Context and Inclusivity in Canada's Evolving Definition of the Family », (2002) *International Journal of Law, Policy and the Family* 145, 150.
204. Alberta : *Dependants Relief Act*, R.S.A. 2000, c. D-10.5 ; Colombie-Britannique : *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 53, art. 56 ; Manitoba : *The Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F-20, art. 17 ; Nouveau-Brunswick : *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, art. 96(4) ; Terre-Neuve : *Children's Law Ac*t, R.S.N.L. 1990, c. C-13, art. 3(1) ; T.-N.-O. : *Dependant Relief Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. D-4, art. 1 ; Nouvelle-Écosse : *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 50 ; Ontario : *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, art. 1(1) ; Île-du-Prince-Édouard : *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6 ; Saskatchewan : *The Children's Law Act 1997*, S.S. 1997, c. 8.2, art. 40 ; Yukon : *Children's Act*, R.S.Y. 2002, c. 31, art. 5.
205. En 2001, selon Martha Bailey, quatre provinces leur refusaient toujours ce droit : Martha BAILEY, « Le mariage et les unions libres », étude réalisée pour le compte de la Commission du droit du Canada, 2001, Annexe B.
206. Terre-Neuve : *Adoption Act*, S.N.L. 1999, c. A-2.1, tel que modifiée par 2002, c. 13, art. 10 ; Nouveau-Brunswick : *Services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, telle que modifiée par 2007, c. 20, art. 5.

ges aux seuls couples composés d'époux, du moins dans certaines sphères du droit de l'adoption[207].

- ***Le droit social et fiscal***

Le mouvement d'assimilation des conjoints de fait aux époux en matière de droits sociaux débuta au cours des années 70 et s'intensifia par la suite. Aujourd'hui, la plupart des protections sociales en vigueur dans les provinces canadiennes de common law et les territoires sont accessibles à la fois aux époux et conjoints de fait, sans distinction[208]. Ainsi, toutes les provinces accordent aux conjoints de fait le bénéfice des prestations et pensions de retraites du régime public[209]. Bien qu'il nous ait été impossible d'en vérifier la validité et l'actualité, certaines informations laissent croire que des prérogatives en matière d'assurance-automobile et d'assurance-santé seraient toujours, dans quelques provinces, refusées aux conjoints de fait[210], et ce, plus de 10 ans après que la Cour suprême du Canada eut déclaré discriminatoires à l'encontre des conjoints de fait hétérosexuels les dispositions de la *Loi ontarienne sur les assurances*[211] réservant le versement d'indemnités d'assurance-accidents aux seuls conjoints mariés[212].

Il importe de souligner qu'en matière fiscale, les provinces canadiennes de common law n'ont qu'une compétence limitée puisque, contrairement au Québec, elles ne prélèvent pas d'impôt sur le revenu. Dans les limites de leur juridiction fiscale, toutefois, les provinces assimilent les conjoints de fait aux époux

207. Alberta : *Adult Adoption Act*, R.S.A. 2000, c. A-4, art. 6 ; Île-du-Prince-Édouard : *Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. A-4.1, art. 15-16.
208. Déjà en 1985, Suzanne Boivin écrivait : « Le droit social traite donc, à peu de chose près, l'union de fait comme un mariage. Ce qui permet au conjoints de fait de bénéficier de prestations mais peut, par contre, l'empêcher aussi d'en recevoir » : Voir Suzanne BOIVIN, « J'me marie ? J'me marie pas ? », *Étude de la situation juridique des conjoints de fait en droit canadien*, dans Élizabeth SLOSS (dir.) *Le droit de la famille au Canada : Nouvelles orientations*, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1985, p. 179, à la p. 182.
209. Alberta : *Pensions Benefits Standards Act*, R.S.C. 1985 (2nd supp.), c. 32 ; Colombie-Britannique : *Pension Benefits Standards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 352 ; Manitoba : *Pension Benefits Act*, R.S.M. 1987, c. P-32 ; Nouveau-Brunswick : *Pension Benefits Act*, S.N.B. 1987, c. P-5.1 ; Nouvelle-Écosse : *Pension Benefits Act*, R.S.N.S. 1989, c. C.340 ; Ontario : *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 ; Saskatchewan : *Pension Benefits Act* : S.S. 1992, c. P-6.00. Selon Martha Bailey, le droit applicable à l'Île-du-Prince-Édouard contenait, en 2001, certaines dispositions en faveur des seuls conjoints mariés : Martha BAILEY, « Le mariage et les unions libres », étude réalisée pour le compte de la Commission du droit, Annexe B.
210. L'incertitude vient du fait que certaines législations accordent les prérogatives aux « personnes à charge ». Martha Bailey (2001) semble considérer que le conjoint de fait n'est pas systématiquement reconnu comme « personnes à charge » : Martha BAILEY, « Le mariage et les unions libres », étude réalisée pour le compte de la Commission du droit, Annexe B.
211. L.R.O. 1980, c. 218.
212. *Miron* c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

dans presque toutes leurs législations à caractère fiscal. Cependant, à l'exception de la Saskatchewan[213], les dispositions relatives aux charges fiscales pouvant résulter de la disposition de la résidence principale ne s'appliquent encore qu'aux seuls époux[214].

- ***Le droit privé***

Si, en matière de droit social et fiscal, les provinces canadiennes anglaises abordent les conjoints de fait d'une manière comparable à celle que préconise le Québec, tel n'est pas le cas en matière de droit privé. Contrairement au législateur québécois qui s'est toujours abstenu de réglementer les rapports juridiques des conjoints de fait, les provinces canadiennes anglaises se sont quant à elles empressées d'intervenir dans la sphère du droit privé.

En 1972, la Colombie-Britannique modifia la *Family Relations Act*[215] dans le but de soumettre les conjoints de fait à une obligation alimentaire mutuelle[216]. Dans les années qui suivirent, les huit autres provinces et les trois territoires lui emboîtèrent le pas[217]. En Colombie Britannique, le législateur adopta également

213. *Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3.
214. Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, « Tax Implications of Cohabitation », dans Winifred HOLLAND et Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, *Cohabitation – The Law in Canada*, Toronto, Carswell, 2007, p. 8-1, à la p. 8-5. Voir également Martha BAILEY, « Le mariage et les unions libres », étude réalisée pour le compte de la Commission du droit du Canada, 2001, Annexe B.
215. *Family Relations Act*, S.C. 1972, ch. 20, art. 15(e).
216. Pour une description détaillée des facteurs d'attribution et des conditions d'application de ces obligations, voir Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, « Support Obligations », dans Winifred HOLLAND et Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, *Cohabitation – The Law in Canada*, Toronto, Carswell, 2007, p. 3-1, aux p. 3-8 et s.
217. Ontario : *Family Law Reform Act*, 1978, S.O. 1978, c. 2, art. 14. À l'origine, la loi ontarienne exigeait une cohabitation minimale de cinq ans. Cette période fut réduite à trois ans en 1986 : *Family Law Act*, 1986, S.O. 1986, c. 4, art. 29. Voir aujourd'hui *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, art. 1(1) et 29, tel que modifié par S.O. 1999, c. 6, art. 25(1) et (2). Pour les autres provinces, voir Nouveau-Brunswick : *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, art. 112(3), tel que modifié par S.N.B. 2000, c. 59, art. 1 ; Manitoba : *Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F20, art. 1, 4(1) et 14(1) ; Nouvelle-Écosse : *Maintenance and Custody Act* : R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 2, tel que modifié par S.N.S. 2000, c. 29, art. 3 ; Colombie-Britannique : *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, art. 1, tel que modifié par S.B.C. 1997, c. 20, art. 1(c) ; Terre-Neuve : *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-2, art. 35(c), tel que modifié par S.N.L. 2000, c. 29, art. 1 ; Saskatchewan : *Family Maintenance Act*, S.S. 1997, c. F-6.2, art. 2, tel qu'amendé par S.S. 2001, c. 51, art. 5(4) ; Île- du-Prince-Édouard : *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, art. 29(1)(b), tel que modifié par S.P.E.I. 2002, c. 7 ; T.-N.-O. : *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, art. 1(1), tel que modifié par S.N.W.T. 2002, c. 6 ; Yukon : *Family Property and Support Act*, R.S.Y. 2002, c. 83, art. 1 (non en vigueur) ; Nunavut : *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, art. 1(1). L'Alberta fut la dernière province à légiférer en ce sens (*Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, c. D-14, art. 17.1). Notons que la loi albertaine ne prévoit pas spécifiquement d'obligation alimentaire entre conjoints de fait, mais entre « adult interdependent relationships », dont font désormais partie les conjoints de fait (*Adult Interdependent Relationships Act*, S.A. 2002, c. A-4.5).

de nouvelles dispositions dans le but d'assujettir les conjoints de fait aux mesures de protection de la résidence familiale initialement destinées aux conjoints mariés[218]. Puis, en 2002 et en 2004, la Saskatchewan et le Manitoba poussèrent la logique d'assimilation d'un cran en soumettant les conjoints de fait à l'ensemble des mesures applicables aux époux[219]. Dans ces provinces, l'encadrement juridique des rapports entre conjoints de fait est maintenant semblable à celui qui prévaut en matière matrimoniale. En sus de l'obligation alimentaire et des mesures de protection de la résidence familiale auxquelles ils sont assujettis, les conjoints de fait saskatchewannais et manitobains sont appelés à se succéder l'un à l'autre[220] et à partager leur biens à caractère familial en cas de séparation, aux mêmes conditions et suivant les mêmes modalités que celles qui s'appliquent aux époux.

Au tournant des années 2000, une nouvelle vague de modifications aux législations provinciales fut provoquée par la décision de la Cour suprême dans l'affaire *M.* c. *H.*[221]. Aux termes de ce jugement fondamental, la loi ontarienne octroyant le droit à la pension alimentaire aux époux et conjoints de fait hétérosexuels fut déclarée discriminatoire à l'encontre des conjoints de fait homosexuels[222], en regard des droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*[223]. Les lois provinciales (de droit privé, social ou fiscal) qui, jusqu'alors, ne définissaient les conjoints de fait qu'en référence aux seuls conjoints hétérosexuels, se révélèrent aussitôt contestables. La pression politique et juridique exercée par le jugement de la Cour suprême amena donc peu à peu les provinces à modifier les définitions de « conjoints de fait » contenues dans leurs

218. *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, art. 124.
219. *Miscellaneous (Domestic Relations) Act*, 2001 (nº 2), S.S. 2001, c. 51 et *Common Law Partners Property and Relates Amendments A*ct, S.M. 2002, c. 48. Les T.-N.-O. et le Nunavut ont récemment adopté une législation assimilant les conjoints de fait aux époux aux fins du régime de partage des biens familiaux (*Family Law Act*, S.N.W.T., c. 18, applicable au Nunavut vu le *Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28, art. 29 et le Yukon (S.Y. 1998, c. 8, art. 10(1)(b). Dans ces territoires, cependant, les lois n'ont pas encore été mises vigueur. À Terre-Neuve, les conjoints de fait peuvent volontairement se soumettre, au moment de la rupture, aux dispositions relatives au partage des biens familiaux : *Family Law Act*, R.S.N. 1990, c. F-2, art. 63.
220. Saskatchewan : *Intestate Succession Act*, 1996, S.S. 1996, c. I-13.1, tel que modifié par S.S. 1999, c. 5 et 2001, c. 51 et *Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3, tel que modifié par S.S. 2001, c. 51. C.C.S.M., c. F25. Manitoba : *Family Property Act* et *Intestate Succession Act,* SM 1989-90, c. 43, tel que modifié par S.M. 2002, c. 48.
221. [1999] 2 R.C.S. 3.
222. Mentionnons que, en 1994, une proposition législative (Bill 167) visant à étendre l'obligation alimentaire aux conjoints de fait de même sexe avait été défaite par la législature : Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, « Support Obligations », dans Winifred HOLLAND et Barbro E. STALBECKER-POUNTNEY, *Cohabitation – The Law in Canada*, Toronto, Carswell, 2007, p. 3-1, à la p. 3-9.
223. *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]).

législations respectives, de manière à y inclure les conjoints de fait de même sexe[224].

- ***La Loi néo-écossaise du 19 avril 2000 instituant le régime de « domestic partnership »***

La Nouvelle-Écosse est la seule province de common law à avoir institué un régime d'enregistrement civil des unions de fait[225]. Le législateur néo-écossais ne peut toutefois s'attribuer le mérite d'avoir initié le processus ayant mené à l'adoption du nouveau régime. Il a plutôt réagi aux conclusions d'une décision de la Cour d'appel de la province ayant déclaré discriminatoires, sur la base des droits à l'égalité garantis par l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[226], les dispositions de la *Matrimonial Property Act*[227] réservant le partage des biens matrimoniaux aux seuls couples mariés[228]. Bien qu'il n'ait pas jugé bon de dégager les options à la disposition du législateur, le tribunal lui a néanmoins accordé un délai d'un an pour rectifier la situation.

Le législateur a répondu aux prescriptions judiciaires par l'adoption de la *Law Reform (2000) Act*[229], en vigueur depuis le 4 juin 2000[230]. Cette loi instaure un régime d'enregistrement civil des unions de fait par l'ajout d'une partie intitulée « Domestic Partners »[231] à la *Vital Statistic Act*[232]. Les conjoints qui se prévalent des dispositions se voient automatiquement et sans autre condition attribuer les droits et les obligations reconnus aux couples mariés aux termes de plusieurs législations[233], tant durant l'union qu'au moment de sa dissolution.

* * *

224. En Ontario, par exemple, c'est par la loi omnibus « *Spousal Relationships Statute Law Amendment Act*, 2005 » (S.O. 2005, c. 5) que le législateur procéda à l'élargissement des définitions contenues dans ses lois.
225. Notons cependant que, depuis le 30 juin 2004, le Manitoba permet aux conjoints de fait d'enregistrer leur union auprès du Bureau de l'état civil. Cet enregistrement permet au couple de se soumettre aux différentes lois autrement applicables après trois ans de vie commune (ou un an dans certains cas) : *The Vital Statistics Act*, C.C.S.M., c. V60, art. 13.1 et s.
226. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11].
227. R.S.N.S. 1989, c. 275.
228. *Walsh* c. *Bona*, [2000] N.S.J. No. 117, 19 avril 2000. Voir également « New Rules Protect Common-Law and Same-Sex Couples Service Nova Scotia and Municipal Relations », Service Nova Scotia and Municipal Relations, 1er juin 2001, publié sur le site internet du gouvernement de la Nouvelle-Écosse à l'adresse <www.gov.ns.ca/news>.
229. R.S.N.S. 2000, c. 29.
230. *Ibid.*, art. 46(1). Notons que les modifications apportées aux législations fiscales sont quant à elles entrées en vigueur le 1er janvier 2001 : art. 46(2).
231. *Law Reform (2000) Act*, R.S.N.S. 2000, c. 29, art. 45.
232. R.S.N.S. 1989, c. 494.
233. Il s'agit des lois suivantes : *Fatal Injuries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 163 ; *Health Act* R.S.N.S. 1989, c. 195 ; *Hospital Act*, R.S.N.S. 1989, c. 313 ; *Insurance Act*, R.S.N.S.

(à suivre...)

Dans les provinces canadiennes de common law, l'union de fait emporte des conséquences juridiques extrêmement importantes entre les conjoints. Contrairement au droit québécois, le droit des autres provinces réglemente les rapports entre conjoints de fait de manière plus ou moins étendue. Dans chacune des neuf autres provinces canadiennes, une obligation alimentaire prend racine entre eux du seul fait de leur cohabitation. Dans d'autres, les règles relatives à la protection de la résidence familiale et au partage des biens familiaux leur sont en sus applicables, indépendamment de tout acte de volonté.

Est-ce à dire que les conjoints de fait jouissent d'une plus grande reconnaissance juridique dans les autres provinces canadiennes ? En assimilant les conjoints de fait aux époux dans certaines sphères du droit privé de la famille, les législateurs des provinces de common law s'efforceraient-ils d'atténuer, voire d'éradiquer à leur façon la hiérarchie des modes de vie conjugale qui prévalait autrefois ? Autrement dit, en perçant le mur du droit privé pour y faire entrer les conjoints de fait, même sans leur consentement, les législateurs provinciaux manifesteraient-ils une conception plus égalitaire des rapports conjugaux que ceux qui s'y refusent ?

Compte tenu du contexte social et juridique qui prévalait dans les provinces canadiennes au moment où furent adoptées les premières mesures en ce sens, nous ne le croyons pas. En effet, lorsque la Colombie-Britannique a instauré en 1972 une obligation alimentaire entre les conjoints de fait, plusieurs mesures de soutien social ne leur étaient pas encore accessibles. En fait, les conjoints de fait avaient beau « bénéficier » d'une obligation alimentaire mutuelle, on ne leur donnait pas pour autant accès à toute la gamme des droits conférés aux époux. Et comme on aura pu le constater, certaines provinces qui assimilent pourtant les conjoints de fait aux époux dans certaines sphères de droit privé persistent encore aujourd'hui à les différencier dans d'autres secteurs. On ne saurait donc voir dans l'aménagement d'obligations entre conjoints de fait l'ultime consécration juridique de l'union de fait.

Pour certains, les particularités que présente le droit des provinces canadiennes-anglaises sont révélatrices d'une approche politico-juridique de l'union de fait fondamentalement différente de celle qui prévaut au Québec. Alors que chez nous, la politique législative en matière d'union de fait relève d'une position

(...suite)
1989, c. 231 ; *Intestate Succession Act*, R.S.N.S. 1989, c. 236 ; *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160 ; *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275 ; *Member's Retiring Allowances Act*, R.S.N.S. 1989, c. 282 ; *Pension Benefits Act*, R.S.N.S. 1989, c. 340 ; *Pobate Act*, S.N.S. 2000, c. 31 ; *Provincial Court Act*, R.S.N.S. 1989, c. 238 ; *Testator's Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 465. Pour une analyse détaillée du « domestic partnership », voir Alain ROY, « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », 3-2002 *Revue internationale de droit comparé* 759.

de principe, celle du respect de l'autonomie de la volonté (explicite ou implicite), elle reposerait, dans les provinces de common law, sur une perspective fonctionnaliste[234]. Selon cette approche, il faut apporter aux situations qui se comparent une réponse juridique comparable. Or, dans la mesure où l'union de fait est susceptible, comme le mariage, d'entraîner des désavantages économiques pour l'une des parties, particulièrement au moment de la rupture, il convient de soumettre les conjoints de fait au même cadre législatif que celui applicable aux époux, y compris en matière de droit privé[235]. Ainsi pourra-t-on mieux répartir les inconvénients engendrés par la rupture d'une relation intime caractérisée par l'interdépendance économique[236].

Bien qu'une telle explication s'avère plausible, il importe de rechercher l'ensemble des motivations gouvernementales en cause. À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que l'État est indirectement bénéficiaire de toutes les obligations alimentaires qu'il impose aux membres d'une cellule familiale ou conjugale. Comme l'écrivent Édith Deleury et Marlène Cano :

> À bien des égards, les époux de fait jouissent aujourd'hui, dans la plupart des provinces, d'une protection identique aux époux de droit. Mais s'ils se voient aujourd'hui imposer certaines contraintes et certaines obligations, c'est non seulement dans le but de les responsabiliser, mais aussi d'éviter à la collectivité d'avoir à supporter, au plan économique, des personnes qui autrement, seraient à la charge de l'État[237].

234. Selon le professeur Robert Leckey (« Self and Other: Cohabitation and Comparative Method », 3 juin 2008, p. 15, disponible en ligne à <http://ssrn.com/abstract=1140371>), on distingue deux discours différents à propos de l'encadrement juridique de l'union de fait (ou plus généralement de la famille) : un discours axé sur le formalisme qui domine au Québec et un autre sur le fonctionnalisme, qui domine dans les autres provinces canadiennes : « Functionalism in family law focuses, not on the functions of problem-solving rules, but on the functions performed by family units. It contrasts with formalism, which assign rights and duties on the sole basis of formal family status, such as marriage or legal parentage ». Pour certains, l'approche formaliste du Québec serait tributaire de la tradition civiliste de la province : « Il faut reconnaître que la société québécoise est différente » : Claudia P. PRÉMONT et Michèle BERNIER, « Un engagement distinct qui engendre des conséquences distinctes, dans Barreau du Québec, *Développements récents sur l'union de fait*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 1.
235. Si l'on s'en remet effectivement à la perspective fonctionnaliste pour expliquer et justifier l'établissement d'obligations entre conjoints de fait, on peut alors se demander pourquoi subsistent encore, dans sept provinces sur neuf, d'importantes distinctions (en droit privé) entre conjoints mariés et conjoints de fait. Une politique législative fondée sur une telle perspective ne nous apparaît véritablement cohérente que si les époux et les conjoints de fait sont assujettis aux mêmes droits et obligations à tout point de vue (comme c'est le cas en Saskatchewan et au Manitoba).
236. C'est là la conception à laquelle adhère clairement la juge L'Heureux-Dubé dans sa dissidence dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325.
237. Édith DELEURY et Marlène CANO, « Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches », dans Jacqueline

(à suivre...)

Dans le même sens, Winifred Holland écrit au sujet de la loi ontarienne de 1978 :

> [...] the extension was rather grudging and seems primarily to have been designated to "pass the buck" from welfare authorities to the family.[238]

L'imposition d'obligations entre conjoints de fait traduirait donc des préoccupations que l'on ne saurait rattacher à une philosophie d'intervention législative particulière. D'ailleurs, on peut noter qu'à l'exception de la Saskatchewan et du Manitoba qui soumettent les conjoints de fait à l'ensemble des règles régissant les relations des époux[239], les provinces canadiennes anglaises s'en remettent au principe de l'autonomie de la volonté pour expliquer leur décision de ne pas étendre aux conjoints de fait d'autres effets du mariage que l'obligation alimentaire[240]. Ainsi, ces législateurs refusent-ils de soumettre les conjoints de fait au partage des biens familiaux en invoquant les mêmes arguments de libre choix que ceux auxquels le législateur du Québec fait appel pour justifier l'ensemble de sa politique législative en matière d'union de fait. L'autonomie de la volonté n'est donc pas, dans ces provinces, un dogme derrière lequel on se retranche pour priver les conjoints de fait de droits et d'avantages. Le principe demeure applicable, mais on y soustrait l'obligation alimentaire pour des raisons dont les véritables fondements demeurent discutables.

(...suite)
RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Des concubinages dans le monde*, Paris, Éditions du CNRS, 1990, p. 85, à la p. 111. Notons que la Cour suprême a formellement reconnu qu'un des objectifs de la pension alimentaire était d'alléger le fardeau financier de l'État : *M.* c. *H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, nº 93. Au nº 98, le juge Iacobucci constate d'ailleurs qu'un tel objectif a été expressément évoqué lors des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi ontarienne imposant une obligation alimentaire aux conjoints de fait : « En ce qui concerne la réduction du fardeau financier de l'État, les députés se sont plaints publiquement au sujet du nombre des personnes à charge qui se tournent vers l'aide sociale à la suite de la rupture de leur union. L'idée que les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* et des lois qu'elle a remplacées visaient en grande partie à faire peser le fardeau financier jusque-là supporté par l'État sur les partenaires qui sont en mesure de fournir des aliments aux conjoints à leur charge a été exprimée plusieurs fois au cours des débats législatifs ». Voir également ce qu'écrit le juge Gonthier à ce sujet dans *Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, au nº 204.

238. Winifred HOLLAND, « Intimate Relationships in the New Millennium : The Assimilation of Marriage and Cohabitation ? », (2000) 17 *C.J.F.L.* 114, 128. Le professeur Goubau partage cette conception lorsqu'il écrit : « L'imposition d'une obligation alimentaire en dehors du cadre du mariage [est aussi] [...] une façon d'alléger le fardeau de l'État sur le chapitre de l'aide sociale et de l'aide aux familles » : 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, 19.
239. Voir *supra*, p. 296.
240. La validité constitutionnelle de cet argument a été reconnue par la majorité dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, nº 141.

Mais quelles que soient les différences qui les distinguent et indépendamment des motivations que l'on peut attribuer aux législateurs de common law, les régimes en place chez nos voisins du Canada anglais ne portent pas plus qu'au Québec la marque d'un discrédit social ou juridique de l'union de fait. Que ce soit ici ou dans les neuf autres provinces canadiennes, l'union de fait jouit d'une reconnaissance sociale et juridique mais, en raison de choix politiques ou économiques distincts, ne fait pas l'objet d'un même encadrement juridique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Au Québec, comme dans la plupart des États occidentaux, la progression de l'union de fait demeure l'un des phénomènes sociaux les plus marquants de la seconde moitié du XXe siècle. Alors qu'au début des années 60, l'union de fait figurait au nombre des modes de vie marginaux, les statistiques publiées ces dernières années démontrent son ascension marquée et sa force d'attraction constante. Bref, l'union de fait est définitivement entrée dans les mœurs et rares sont ceux qui, au nom d'une quelconque morale, persistent encore aujourd'hui à y voir une menace au bon fonctionnement de la société.

Au cours des dernières décennies, le législateur du Québec a revu l'ensemble de ses législations pour les adapter à cette nouvelle réalité. Si, dans une perspective d'inclusion, il n'a pas hésité à attribuer aux conjoints de fait les droits et les avantages sociaux et fiscaux traditionnellement reconnus aux conjoints mariés, il s'est toutefois abstenu de réglementer leurs rapports mutuels. Comme le démontre l'étude qui précède, ce choix politique repose non pas sur l'indifférence ou le mépris, mais sur la liberté contractuelle et le respect de l'autonomie de la volonté des conjoints de fait. Les couples qui ne se marient pas sont présumés vouloir demeurer en marge du droit matrimonial. Ceux qui souhaitent néanmoins obtenir un certain encadrement juridique peuvent conclure une convention d'union de fait[241] ou s'unir civilement[242].

L'analyse des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption des principales réformes en matière familiale nous a permis de constater que :

241. Voir *Couture* c. *Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.). Voir également *supra*, p. 249.
242. Voir *supra*, p. 264 et s. Depuis 2002, l'union civile rallie un nombre toujours croissant de conjoints hétérosexuels. Initialement destinée aux couples de même sexe (qui n'ont pu avoir officiellement accès au mariage qu'en 2005), cette nouvelle institution propre au Québec est aujourd'hui plus populaire auprès des conjoints hétérosexuels que des conjoints homosexuels. Selon toute vraisemblance, l'union civile est donc perçue par un certain nombre de conjoints de fait comme une manière efficace de se doter d'un cadre juridique hors mariage. Voir les données publiées par l'Institut de la Statistique du Québec à <http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat_matrm_marg/501b.htm>.

- Le choix politique de ne pas réglementer les rapports mutuels des conjoints de fait a été clairement affirmé lors de la réforme du droit de la famille de 1980 et ensuite reconduit avec force en quatre autres occasions ;

- Ce choix politique a été fait en toute connaissance de cause, d'autres options ayant été ouvertement discutées et débattues au sein des instances parlementaires ;

- L'État québécois aborde aujourd'hui les statuts conjugaux que sont le mariage, l'union civile et l'union de fait en toute neutralité, les époux, les conjoints unis civilement et les conjoints de fait bénéficiant des mêmes droits et avantages sociaux, sans distinction ;

- Toute comparaison du droit québécois avec certains droits étrangers doit être faite avec circonspection puisque :

  – Dans certains États (France et Belgique), l'absence d'encadrement des rapports qu'entretiennent les conjoints de fait témoigne effectivement d'un déni de légitimité et d'une volonté législative de maintenir une certaine forme de hiérarchisation des statuts conjugaux ;

  – Dans d'autres États (provinces canadiennes anglaises), l'existence de certaines obligations entre conjoints de fait traduit diverses préoccupations gouvernementales au rang desquelles on doit considérer le bénéfice indirect que l'État est susceptible d'en retirer sur le plan des finances publiques.

Certes, il incombe au gouvernement du Québec d'assurer la diffusion de sa politique législative de manière à ce que les justiciables puissent en comprendre la portée. Si certains observateurs rapportent l'existence de croyances erronées quant aux droits et obligations des conjoins de fait, peut-être est-ce justement parce que les campagnes d'information n'ont pas été suffisamment nombreuses ou élaborées[243].

243. À l'occasion de la sous-commission des Institutions, on avait d'ailleurs clairement évoqué la nécessité de mettre en place des campagnes d'information au profit des conjoints de fait. Voir la discussion entre le ministre de la Justice Gil Rémillard et la députée Louise Harel : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, Sous-commission des Institutions, *Journal des débats*, 10 septembre 1991, nº 6, p. CSI-296-CSI-298.