

La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux »

Dominique Goubau, Ghislain Otis et David Robitaille

Volume 44, numéro 1, 2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043738ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/043738ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Goubau, D., Otis, G. & Robitaille, D. (2003). La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux ». *Les Cahiers de droit*, 44(1), 3-51. <https://doi.org/10.7202/043738ar>

Résumé de l'article

Le droit québécois a traditionnellement voulu préserver le libre choix des personnes en s'abstenant d'imposer aux conjoints de fait les droits et obligations des époux mariés. Jusqu'à très récemment, il était possible de croire que la situation allait changer sous l'impulsion d'un mouvement doctrinal et jurisprudentiel prônant, au nom de la protection du conjoint économiquement défavorisé et de la non-discrimination, l'assimilation des conjoints de fait aux époux mariés ou unis civilement quant aux effets patrimoniaux de leur union. Cependant, dans l'affaire *Walsh*, la Cour suprême du Canada consacre un revirement majeur de la jurisprudence en confirmant la validité, au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de l'exclusion des conjoints de fait d'un régime législatif de partage automatique des biens familiaux. Les auteurs estiment que l'approche résolument autonomiste de la Cour suprême manque de nuance et ils invitent à poursuivre le débat social sur l'opportunité de prévoir un cadre juridique protectionnel contraignant pour les conjoints de fait. Sans évacuer toute idée de respect de l'autonomie individuelle, ils avancent qu'on ne peut occulter le problème de la précarité financière des familles monoparentales dans un contexte d'augmentation des ruptures familiales. Or la charge d'enfants constitue un des facteurs déterminants de précarité économique postséparation. L'objectif de protection est donc pressant dans ces cas et sa réalisation passe, selon les auteurs, par l'application aux conjoints de fait de certains droits et d'obligations, qui sont actuellement réservés aux couples mariés ou unis civilement, dès lors qu'il y a charge d'enfant.

La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux »⁺

Dominique GOUBAU*, Ghislain OTIS**, David ROBITAILLE***

Le droit québécois a traditionnellement voulu préserver le libre choix des personnes en s'abstenant d'imposer aux conjoints de fait les droits et obligations des époux mariés. Jusqu'à très récemment, il était possible de croire que la situation allait changer sous l'impulsion d'un mouvement doctrinal et jurisprudentiel prônant, au nom de la protection du conjoint économiquement défavorisé et de la non-discrimination, l'assimilation des conjoints de fait aux époux mariés ou unis civilement quant aux effets patrimoniaux de leur union. Cependant, dans l'affaire Walsh, la Cour suprême du Canada consacre un revirement majeur de la jurisprudence en confirmant la validité, au regard de la Charte canadienne des droits et libertés, de l'exclusion des conjoints de fait d'un régime législatif de partage automatique des biens familiaux. Les auteurs estiment que l'approche résolument autonomiste de la Cour suprême manque de nuance et ils invitent à poursuivre le débat social sur l'opportunité de prévoir un cadre juridique protectionnel contraignant pour les conjoints de fait. Sans évacuer toute idée de respect de l'autonomie individuelle, ils avancent qu'on ne peut occulter le problème de la précarité financière des familles monoparentales dans un contexte d'augmentation des ruptures familiales. Or la charge d'enfants constitue un des facteurs déterminants de précarité économique postséparation. L'objectif de protection est donc pressant dans ces cas et sa réalisation passe, selon les auteurs, par l'application

⁺ Le présent article a été rédigé dans le contexte d'un projet de recherche financé par la Fondation du Barreau du Québec.

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

** Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

*** Assistant de recherche, Faculté de droit, Université Laval.

aux conjoints de fait de certains droits et d'obligations, qui sont actuellement réservés aux couples mariés ou unis civilement, dès lors qu'il y a charge d'enfant.

Traditionally, Québec law has sought to preserve individual free choice by abstaining from imposing the obligations of married couples on unmarried spouses. Until recently, one would have thought a change in this situation to be possible owing to a shift in doctrine and case-law where to protect an economically disadvantaged spouse and prevent discrimination, an assimilation of unmarried spouses as married or civilly united couples would be favoured as regards the patrimonial effects of their union. Yet, in the Walsh case, the Supreme Court of Canada did a major reversal of precedent, as regards the Canadian Charter of Rights and Freedoms by confirming the validity of excluding unmarried spouses from a legislative scheme for the automatic sharing of family property. The authors consider that the Supreme Court's approach, which is resolutely autonomic, lacks in subtlety and in turn, they call for a continued social debate on the opportunity for implementing a protective legal framework more restrictive for unmarried spouses. Without completely abandoning the idea of individual autonomy, they maintain that society cannot dismiss the problem of financial insecurity experienced by single-parent families in a social environment of increasingly broken families. As such, responsibility for children constitutes one of the determining economic insecurity factors in post-separation households. The issue of protection is therefore an urgent one in such cases and may only be resolved — according to the authors — by applying to unmarried spouses certain rights and obligations that are currently reserved for marriage and civil union, once there is a dependent child.

	<i>Pages</i>
1 Le statut des conjoints de fait : une normalisation dans la différenciation	8
1.1 La situation québécoise : une différenciation atténuée mais persistante dans le droit familial patrimonial	8
1.2 La situation dans les autres juridictions canadiennes : une différenciation patrimoniale déclinante	18

2 La différenciation patrimoniale de l'union de fait : un enjeu constitutionnel et un enjeu social	21
2.1 L'enjeu constitutionnel : le triomphe un peu excessif du libre choix dans l'affaire <i>Walsh</i>	21
2.1.1 Une différence de traitement	24
2.1.2 Une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue	25
2.1.3 Une différence de traitement dont l'effet est discriminatoire : l'atteinte à la dignité humaine	25
2.1.3.1 Le premier facteur contextuel : le désavantage préexistant ...	27
2.1.3.2 Le deuxième facteur contextuel : le rapport entre le motif de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur	30
2.1.3.3 Le troisième facteur contextuel : l'objet ou l'effet d'amélioration de la situation de personnes défavorisées ou vulnérables	38
2.1.3.4 Le quatrième facteur : la nature de l'intérêt touché	41
2.2 L'enjeu social : les enfants au cœur d'un nécessaire débat québécois	43
Conclusion	51

À l'heure où le nombre de mariages diminue de façon considérable et où celui des couples non mariés augmente sans cesse, la question du statut des conjoints de fait se pose avec une importance et une urgence jamais égalées en droit de la famille. Depuis une trentaine d'années, l'union dite « libre » connaît une indéniable popularité et s'est vu reconnaître, dans le droit social avant tout, un statut juridique similaire à celui de l'union traditionnelle en mariage. Cette reconnaissance 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 (assistance mutuelle, fidélité, obligation alimentaire, partage de certains biens, etc.) et qu'il s'agit dès lors d'un choix éminemment privé qui ne devrait pas avoir d'incidence sur l'accès aux avantages et aux services dispensés par l'État. En assimilant les conjoints de fait aux époux mariés lorsqu'il s'agit de droit public en général et de politiques sociales en particulier, l'État reconnaît que le mode de vie conjugale, avec ses incidences en droit privé, relève de la vie privée des personnes et qu'il doit être respecté. Ainsi, accepter qu'un couple non marié puisse, au même titre qu'un couple marié, prétendre aux avantages d'une loi concernant, par exemple, les droits du conjoint survivant dans le cadre d'un régime public de rente, c'est en même temps reconnaître la

diversité des modes de vie conjugale. Lorsqu'il s'agit des effets de la conjugalité en droit privé cette fois, la position traditionnelle du droit québécois consiste, au nom du droit à la liberté, à ne pas imposer aux conjoints de fait les droits et obligations des époux mariés. 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.

Jusqu'à très récemment, il était possible de croire que la situation allait changer de façon radicale. En effet, dans la foulée de quelques arrêts rendus par la Cour suprême du Canada dans les années 90¹, on assiste à l'extérieur du Québec à un important mouvement doctrinal et jurisprudentiel en faveur de l'assimilation pratiquement complète des conjoints de fait aux époux mariés lorsqu'il s'agit des effets financiers et matériels de leur union. Ce mouvement, qui prend lourdement appui sur un raisonnement prônant la protection du conjoint économiquement défavorisé et de non-discrimination à l'égard des conjoints de fait, semblait annoncer des changements majeurs en droit de la famille. Au cours des années 90, les tribunaux ont commencé à invoquer le droit à l'égalité énoncé à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*² pour imposer un cadre protectionnel aux conjoints de fait, exerçant sur les législateurs une forte pression qui aurait bien pu, à terme, aboutir à l'osmose de toutes les formes de conjugalité. Ironiquement, cette tendance plutôt conservatrice du droit à « récupérer » les conjoints de fait dans son giron traditionnel part du constat qu'il convient de respecter la diversité des modes d'organisation conjugale...

Pendant, le 19 décembre 2002, la Cour suprême rend une importante décision qui opère un repositionnement majeur de la jurisprudence sur la question du statut des conjoints de fait en droit privé puisque le plus haut tribunal du pays y confirme la validité d'une loi qui exclut les conjoints de fait de l'application automatique des règles en matière de partage des biens familiaux³. Si cette affaire marque très certainement un temps d'arrêt dans le mouvement jurisprudentiel d'osmose des statuts conjugaux en droit privé, la question de l'opportunité de prévoir un cadre juridique protectionnel contraignant pour les conjoints de fait n'en demeure pas moins posée. L'absence à peu près complète d'encadrement normatif de la

1. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 (ci-après cité : « *Miron* »); *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

2. *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, c. 11, (R.-U.)).

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

conjugalité de fait en droit québécois pose la question de la légitimité, mais aussi peut-être de la validité, d'une telle abstention législative. Faut-il imposer aux conjoints de fait un cadre protectionnel ou convient-il, au contraire, de respecter plus que jamais le principe de l'autonomie de la volonté et de maintenir telle quelle la zone de liberté des conjoints lorsqu'il s'agit des conséquences matérielles de la conjugalité en droit privé ? La question n'est pas nouvelle. Elle se pose au Québec de façon récurrente depuis une trentaine d'années. Cependant, le contexte démographique et juridique actuel impose un regard nouveau sur cette problématique importante.

L'extension des droits et obligations du mariage et de l'union civile aux conjoints de fait s'appuie sur le principe louable selon lequel il convient de protéger le conjoint qui, à l'issue de la séparation, se retrouve en situation de difficulté financière. Il est vrai que, en fait de précarité matérielle au moment de la rupture, la situation du couple non marié n'est pas nécessairement différente de celle du couple marié. Il y aurait donc autant de raisons de protéger les uns que les autres. Et lorsque des enfants sont issus de l'union, cette similitude est encore plus évidente. Cependant, aussi important que soit cet objectif de protection, la réponse de certains⁴, qui consiste à assimiler l'union de fait au mariage et à l'union civile, nous paraît peu nuancée en ce qu'elle évacue trop radicalement toute idée de respect de l'autonomie individuelle dans un champ qui relève pourtant en bonne partie de la vie privée.

En revanche, il n'est pas possible d'occulter, au nom de l'autonomie des couples et du respect de la volonté des individus, le problème social réel et préoccupant de la précarité financière des familles monoparentales dans un contexte d'augmentation importante des ruptures familiales. Afin de concilier l'indispensable objectif de protection avec celui, fondamental aussi, du respect de l'autonomie, nous avançons la proposition suivante : d'une part, les individus (quelle que soit leur orientation sexuelle d'ailleurs) devraient avoir le choix d'organiser leurs relations privées de façon libre et autonome, étant entendu que ceux et celles qui optent pour une formule

4. Voir, entre autres, W. HOLLAND, « Intimate Relationships in the New Millennium : The Assimilation of Marriage and Cohabitation ? », (2000) 17 *C.J.F.L.* 114. D'autres vont plus loin encore en mettant carrément en question la pertinence même du concept de conjugalité en droit : voir l'article de B. COSSMAN et B. RYDER, « What is Marriage-like Like ? The Irrelevance of Conjugalility », (2001) 2 *C.J.F.L.* 269, écrit dans la foulée des réflexions de la Commission du droit du Canada sur la question : COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité. La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, [En ligne], 2001, [<http://www.lcc.gc.ca>] (15 novembre 2002).

sans protection spécifique, pourront utiliser les recours de droit commun dans les cas où cela s'avère nécessaire et juste ; d'autre part, lorsque le couple a un ou plusieurs enfants à charge, le principe de l'autonomie ne tient plus, l'enfant n'ayant par définition pas participé au choix des adultes quant au mode de vie conjugale. Or il ne fait aucun doute que les enfants, de même que le parent gardien (généralement la mère), subissent de plein fouet, notamment sur le plan matériel, les effets dévastateurs de la séparation. La charge d'enfants constitue un des facteurs déterminants de précarité économique postséparation. L'objectif de protection est donc pressant dans ces cas. Une manière efficace d'en approcher serait d'imposer aux conjoints de fait un certain nombre de droits et d'obligations (qui sont actuellement réservés aux couples mariés ou unis civilement), dès lors qu'il y a charge d'enfant. Le présent article entend développer une argumentation en vue de soutenir, dans le contexte précis de la société et du droit québécois, une approche nouvelle en matière de droit patrimonial de la famille qui permettrait de mieux articuler les valeurs d'autonomie de la volonté et de solidarité au sein de la famille contemporaine.

1 Le statut des conjoints de fait : une normalisation dans la différenciation

1.1 La situation québécoise : une différenciation atténuée mais persistante dans le droit familial patrimonial

Sur le plan démographique, trois tendances se dessinent nettement depuis une vingtaine d'années : le taux de nuptialité diminue de façon constante et significative⁵, le nombre de couples vivant en union de fait augmente très rapidement⁶ et le nombre d'enfants naissant hors mariage a

5. Quelques chiffres illustrent ces tendances que nous pouvons désormais qualifier de « lourdes » sur le plan des statistiques démographiques. Ainsi, le nombre de mariages célébrés au Québec en 1975 s'élevait à 51 690, alors qu'en 1999 il n'était plus que de 22 908. Depuis le début des années 80, une chute constante du nombre des célébrations de mariages apparaît : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, [En ligne], [http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/demograp/mariage/501.htm] (15 novembre 2002).

6. Selon une étude commune de l'Institut de la statistique du Québec, du Conseil de la famille et de l'enfance et du ministère de la Famille et de l'Enfance, le nombre de couples en union libre était de 306 905 pour l'année 1991 et il est passé à 400 270 en 1996, ce qui représente environ 25 p. 100 des familles biparentales : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Un portrait statistique des familles et des enfants au Québec*, Québec, 1999, p. 64. Cette proportion est deux fois plus importante que celle qui existe dans le reste du Canada, ce qui fait dire aux statisticiens Turcotte et Bélanger que l'union libre apparaît comme l'option privilégiée des Québécois au début de la vie de couple : P. TURCOTTE et

dépassé celui des enfants naissant de parents mariés⁷. Ces constats démontrent clairement que nous sommes aujourd'hui bien loin de la situation de la fin des années 60 au Québec⁸. Cette réalité sociale ne pouvait être niée longtemps par le droit. En raison du nombre croissant de couples non mariés et, surtout, du fait que cette forme de conjugalité était de moins en moins stigmatisée, le refus de reconnaître cette réalité est rapidement devenue intenable en droit social dès le début des années 70. L'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁹, dont l'article 10 interdit la discrimination fondée notamment sur l'état civil, fournissait un argument de taille en faveur de la reconnaissance des droits sociaux des conjoints de fait. Cette période correspond au début de leur assimilation aux époux mariés en ce qui concerne le droit social¹⁰. Aujourd'hui, l'ensemble de ces

-
- A. BÉLANGER, « La dynamique de formation et de rupture des premières unions libres au Canada », 1998, [En ligne], [http://www.statcan.ca/français/Vlib/Research/other9_f.htm] (15 novembre 2002) cité dans M. BAILEY, *Le mariage et les unions libres*, Ottawa, Commission de droit du Canada, 1999, p. 63 ; voir également J. PELLETIER, « Vers une nouvelle définition de la famille », dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Un nouveau Code civil : un nouveau contrat social ?, Congrès 1994*, Québec, 1994, p. 2.
7. Les statistiques de 2001 révèlent que 58,5 p. 100 des naissances au Québec sont hors mariage (contre seulement 9,8 p. 100 en 1976) et que ce taux grimpe à 65 p. 100 lorsqu'il s'agit des naissances de premier rang : L. DUCHESNE, *La situation démographique au Québec, bilan 2002*, [En ligne], [<http://www.stat.gouv.qc.ca>] (15 janvier 2003). Les chiffres montrent que, dans certaines régions du Québec, le taux de naissances hors mariage dépasse le seuil de 80 p. 100 Le recensement 2001 de Statistique Canada révèle qu'en 2001 la proportion des enfants vivant avec des parents en union libre était plus importante au Québec (29 p. 100) que dans le reste du Canada (8,2 p. 100) : STATISTIQUES CANADA, *Profil des familles et des ménages canadiens : la diversification se poursuit*, [En ligne], 2002, [<http://www.statcan.ca>] (15 janvier 2003).
8. Comme l'indique Évelyne Lapierre-Adamcyk, « jusqu'au début des années soixante-dix [...] la norme sociale commandait que l'on se marie, et l'on se mariait effectivement. Ainsi, reflétant la norme, une très grande majorité des gens, et certainement tous ceux et celles qui cohabitaient, à quelques exceptions près, étaient mariés » : É. LAPIERRE-ADAMCYK, « Mariage et cohabitation : quelques transformations de la vie conjugale », dans R. TESSIER (dir.), *Vivre à deux aujourd'hui : à la recherche d'un nouvel équilibre*, Montréal, Éditions Le Jour, 1993, p. 25.
9. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.
10. M. CASTELLI, « La notion de famille et son impact en droit social », (1981) 22 *C. de D.* 5. Jacques Beaulne classe ces lois en trois catégories : les lois concernant l'assistance sociale (aide sociale, aide juridique, aide financière aux étudiants, etc.), les lois sur les régimes économiques (liées généralement au domaine de l'emploi et de la retraite) et les lois fiscales (celles-ci assimilent les conjoints de fait aux conjoints mariés dès lors qu'ils ont un enfant de cette union ou que la vie commune dure depuis au moins un an). Voir J. BEAULNE, « Aperçu de la situation juridique des conjoints de fait au Québec : aspects civils, sociaux et fiscaux », dans J. BEAULNE et M. VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial / Rencontres universitaires notariales belgo-québécoises*, Collection « bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 223, aux pages 234-236.

lois incluent les conjoints de fait¹¹ et, dans certains cas (par exemple lorsqu'il s'agit de paiements de prestations au survivant), le conjoint de fait aura priorité sur l'ex-conjoint « légitime », même s'il demeure un important problème d'absence d'uniformité de la définition de conjoint dans ces différentes lois¹². Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner que la définition de l'union de fait pouvait bien être tributaire de l'impact budgétaire des lois¹³. La reconnaissance des conjoints de fait en droit social, qui s'appuyait en bonne partie sur les principes d'équité et d'égalité, a donc certainement été facilitée aussi par d'autres considérations, moins nobles. Ce constat est encore actuel, car, 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 atteint¹⁴. La tendance générale est cependant à l'élargissement de la définition et donc à la reconnaissance de plus en plus effective de

-
11. *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q., c. A-3; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001; *Loi sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., c. A-13.3; *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., c. A-14; *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25; *Loi sur les assurances*, L.R.Q., c. A-32; *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q., c. C-4.1; *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25; *Loi sur les conditions de travail et le régime de retraite des membres de l'Assemblée nationale*, L.R.Q., c. C-52.1; *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., c. C-67.2; *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1; *Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., c. E-2.3; *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1; *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9; *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants*, L.R.Q., c. R-9.1; *Loi sur le régime de retraite des agents de la paix en services correctionnels*, L.R.Q., c. R-9.2; *Loi sur le régime de retraite des élus municipaux*, L.R.Q., c. R-9.3; *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q., c. R-10; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., c. R-12; *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01; *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16; *Loi sur l'assurance automobile*, L.Q. 1977, c. 68; *Loi sur l'aide et l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, 1993, c. 54; *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, L.Q. 1998, c. 36.
 12. F. HÉLEINE, « Le concubinage, institution à la merci des politiques législatives des différents départements ministériels », (1980) 40 *R. du B.* 624; G. LEBLANC, « Les concubins mariés, démariés au rythme des lois », (1983) 5 (4) *Justice* 14.
 13. M. GIROUX et A. LAURENT, « Portrait critique de l'union de fait en droit québécois », (1989) 20 *R.G.D.* 129, 134.
 14. En 1998, le ministre de la Justice du Québec annonçait son intention d'uniformiser la définition de « conjoints de fait » : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Déclaration ministérielle sur l'intention gouvernementale d'harmoniser les concepts de conjoints de fait de sexe différent et de même sexe*, Québec, le 18 juin 1998, mais jusqu'à ce jour ce projet ne s'est pas réalisé. Dans une tentative d'uniformisation, la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* (L.Q. 2002, c. 6, art. 143) a cependant modifié

l'union libre. Dès lors qu'une union répond aux conditions particulières d'une loi, l'assimilation de la situation des conjoints de fait à celle des conjoints mariés ou unis civilement est complète pour l'application de cette loi et cette assimilation inclut désormais les conjoints de même sexe¹⁵.

Quant au droit civil, la position traditionnelle du législateur québécois à l'égard des conjoints de fait a longtemps été une position d'hostilité¹⁶, qui s'est graduellement muée en indifférence¹⁷. La position constante du législateur a été de ne pas imposer de statut civil aux concubins, en dépit de

la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., c. I-16) dont l'article 61.1 dispose : « Sont des conjoints de fait deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple, sans égard, sauf disposition contraire, à la durée de leur vie commune. Si, en l'absence de critère légal de reconnaissance de l'union de fait, une controverse survient relativement à l'existence de la communauté de vie, celle-ci est présumée *dès lors que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d'un même enfant* » (l'italique est de nous).

15. Toutes les lois provinciales et fédérales posaient, dans la définition de conjoints de fait, l'exigence de l'hétérosexualité. Seuls un homme et une femme pouvaient former un couple de conjoints de fait. La jurisprudence a peu à peu éliminé cette exigence en la jugeant discriminatoire et contraire aux chartes des droits et libertés : M. CASTELLI et D. GOUBAU, *Le droit extrapatrimonial de la famille*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1999, p. 238 et suiv. En 1992, le Tribunal des droits de la personne reconnaissait que l'union de fait doit être comprise dans le concept d'état civil, au sens de l'article 10 de la Charte québécoise et que les conjoints de fait doivent pouvoir bénéficier des droits reconnus par la Charte aux époux mariés : *Commission des droits de la personne du Québec c. Immeubles NI/DIA Inc.*, [1992] R.J.Q. 2977 (T.D.P.Q.). Finalement, dans la foulée du mouvement jurisprudentiel lancé par quelques grands arrêts de la Cour suprême (*Miron*, précité, note 1 ; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513), le Québec a modifié sa législation pour étendre aux couples de même sexe l'application des lois sociales au sujet des conjoints de fait : *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14. Le fédéral a suivi le mouvement en 2000 avec la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12. Aujourd'hui, le droit social met donc sur un pied d'égalité le couple marié, le couple uni civilement hétérosexuel ou homosexuel et le couple en union de fait hétérosexuel ou homosexuel.
16. Quand le codificateur de 1866 daignait traiter des conjoints non mariés, il le faisait pour leur nier des droits plutôt que pour leur en accorder. Le célèbre article 768 du *Code civil du Bas Canada* (C.c.B.C.) prohibait les donations entre concubins et fournissait une base juridique à la doctrine dominante qui considérait que les contrats entre concubins étaient illégaux et que, par conséquent, ces personnes « hors la loi civile » ne pouvaient trouver refuge dans les contrats, encore moins dans des ententes de vie commune : P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. IV, Montréal, C. THÉORET, éditeur, Librairie de droit et de jurisprudence, 1899, p. 45 ; F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. III, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 25.
17. D. GOUBAU, « Le *Code civil du Québec* et les concubins : un mariage discret », (1995) 74 *R. du B. can.* 474.

multiples tentatives de modifier une telle approche¹⁸. Le fondement de celle-ci réside dans le principe du respect du libre choix des individus qui décident de vivre en dehors du cadre légal du mariage et qui veulent ainsi éviter aussi bien les effets légaux de cette institution que le formalisme imposé en cas de rupture¹⁹. Cette « abstention » législative n'est pourtant plus totale puisque les conjoints de fait sont tout de même expressément visés à quelques endroits du *Code civil du Québec*²⁰, par exemple en matière d'adoption ou de logement locatif²¹. Par ailleurs, le Code englobe également un certain nombre de situations qui, sans être propres aux conjoints de fait, peuvent néanmoins s'appliquer à eux. Il contient de fréquentes expressions neutres qui, de toute évidence, permettent de viser les conjoints de fait sans les nommer expressément, que ce soit en matière de consentement aux soins à l'égard d'un majeur devenu inapte à exprimer sa volonté²², de participation aux assemblées de famille dans le contexte du processus de nomination d'un curateur ou d'un tuteur²³ ou encore en matière successorale²⁴, d'assurances personnelles²⁵ ou de responsabilité civile²⁶. Il est donc permis d'affirmer que les conjoints de fait trouvent ainsi une reconnaissance indirecte dans le Code civil.

-
18. Dans son rapport final, l'Office de révision du Code civil (ORCC) avait proposé la création d'un statut civil partiel pour les conjoints de fait : ORCC, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. I, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 119 et 135. Cette proposition instituait tout de même le principe de la responsabilité commune à l'égard des dettes du ménage et l'obligation de contribution proportionnelle aux charges du ménage, l'obligation alimentaire, des droits successoraux réciproques et même une présomption de paternité. Il s'agissait ni plus ni moins de la reconnaissance formelle de l'union de fait à titre de « ménage » en droit civil. La position de l'ORCC a été soutenue par certains (É. DELEURY et M. RIVEST, « Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C. sur la famille », (1975) 16 C. de D. 603), et critiquée par d'autres (E. CAPARROS, « Observations sur la première partie du rapport de l'O.R.C.C. sur la famille », (1975) 16 C. de D. 621 ; cet auteur continuait à voir dans le concubinage une « réalité socialement nuisible »).
 19. G. GOLDSTEIN, « La condition des conjoints de fait en droit international privé québécois », (1999) 78 R. du B. can. 505, 509.
 20. *Code civil du Québec*, 1991, c. 64 (ci-après cité : « C.c.Q. »).
 21. *Id.*, art. 555 et 1938.
 22. *Id.*, art. 15.
 23. *Id.*, art. 226 et 266.
 24. *Id.*, art. 857.
 25. *Id.*, art. 2419.
 26. Mentionnons que le *Code civil du Québec* de 1991 lève un obstacle en matière de responsabilité civile par l'abolition de la règle de l'article 1056 C.c.B.C., en permettant désormais le recours direct en responsabilité en cas de décès du conjoint de fait. En vertu de l'ancien Code, ce recours n'existait qu'en faveur des ascendants, des descendants et des conjoints légitimes.

Si le droit civil continue de façon évidente à privilégier le mariage et, depuis peu, l'union civile²⁷, il ouvre tout de même la porte à la reconnaissance effective de droits au profit du conjoint de fait lorsqu'il s'agit de certaines relations avec des tiers. De plus, il faut souligner que depuis 1980 le droit reconnaît pleinement la dimension *parentale* de l'union de fait, en mettant sur pied d'égalité le parent « légitime » et le parent « naturel ». En affirmant clairement le principe de l'égalité juridique de tous les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance²⁸, 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 (en matière successorale, par exemple). Le principe légal de l'égalité formelle des enfants ne devrait toutefois pas occulter le fait qu'il existe encore, malgré tout, des distinctions entre les enfants et que celles-ci dépendent directement du statut matrimonial des parents²⁹. Ce

27. À propos de l'union civile, voir : B. MOORE, « L'union homosexuelle et le *Code civil du Québec* : de l'ignorance à la reconnaissance ? », (2002) 1 *R. du B. can.* 121 ; B. 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.* 3 ; et G. LEFRANÇOIS, « La dissolution de l'union civile », (2002) 2 *C.P. du N.* 31.

28. C.c.Q., précité, note 20, art. 522.

29. Le mariage et l'union civile entraînent certains effets exclusifs qui ont un impact sur la situation des enfants, que ce soit sur le chapitre de la présomption de filiation (le Québec est d'ailleurs la seule province canadienne dont la législation ne prévoit pas de présomption de paternité à l'égard du conjoint de fait : *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, art. 1 ; *Parentage and Maintenance Act*, S.A. 1990, c. P-0.7, art. 12 ; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, art. 61.2 (1) (d) ; *Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F-20, art. 23 (e) ; *Children's Law Act*, R.S.Nfld. 1990, c. C-13, art. 10 (1) (e) ; *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C-12, art. 8 (4) ; *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6, art. 9 (d) ; *The Children's Law Act*, S.S. 1990, c. 8.1, art. 45 ; *Child Welfare Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. C-6, art. 82 ; *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, art. 12) ou de la protection de la résidence familiale (C.c.Q., art. 401-413). Cependant, certaines décisions récentes de la Cour supérieure ont accordé un tel droit d'habitation à un conjoint de fait, au nom du principe du meilleur intérêt des enfants : *Droit de la famille-3751*, [2000] R.D.F. 745 (C.S.) ; *Droit de la famille-3302*, [1999] R.D.F. 384 (C.S.) ; *Droit de la famille-3457*, [1999] R.D.F. 777 (C.S.). Pour une analyse détaillée de cette question, voir : R. LASALLE, « Les conjoints de fait et le droit d'usage de la résidence familiale », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Montréal, 1997, p. 347 ; et R. LASALLE, « Les conjoints de fait et la résidence familiale », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents sur l'union de fait*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 99. D'autres jugements ont par contre clairement rejeté cette possibilité d'attribuer un droit d'usage au parent gardien en cas de concubinage : *Droit de la famille-2493*, [1996] R.D.F. 665 (C.S.) ; *Droit de la famille-409*, [1987] R.D.F. 439 (C.S.).

constat est fondamental dans la réflexion sur l'adoption éventuelle d'un cadre normatif contraignant pour les conjoints de fait³⁰.

Cependant, en ce qui concerne les rapports mutuels entre conjoints (et donc la dimension proprement conjugale de leur statut), le législateur s'abstient encore et toujours d'imposer aux conjoints de fait un quelconque cadre. Pourtant, contrairement à ce qui existait à l'époque où toute entente entre concubins était considérée comme immorale et donc illégale, cette abstention législative n'empêche plus les conjoints de fait de se donner volontairement des garanties de protection. L'abolition, en 1981, de l'article 768 *Code civil du Bas Canada* prohibant les donations entre concubins³¹ marque un point tournant dans la reconnaissance progressive du droit des individus d'organiser, au moyen du contrat, certains aspects de leur vie conjugale en droit privé. Depuis, la légalité des ententes de vie commune a été graduellement affirmée³². Après quelques hésitations, la jurisprudence actuelle reconnaît aux conjoints de fait le droit de se donner conventionnellement des mesures de protection calquées sur les effets obligatoires du mariage ou de l'union civile, que ce soit en matière de droit d'usage de la résidence familiale³³ ou de droit alimentaire³⁴ ou même de droit au partage du patrimoine familial³⁵. Cette possibilité réelle qu'ont désormais les conjoints de fait de se soumettre à des obligations conjugales constitue une caractéristique importante de l'union libre au Québec. Ces

30. *Infra*, section 2.2.

31. Le législateur consacrait ainsi un mouvement de libération qui paraissait irréversible depuis plusieurs années déjà : É. DELEURY et M. CANO, « Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada », dans J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Des concubinages dans le monde*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 90 ; M. GUY, « Les accords entre concubins et entre époux après la loi no 89 », (1981) *C.P. du N.* 157, 164 ; M. LÉGARÉ, « Libéralisation des donations entre vifs entre concubins », (1977) 79 *R. du N.* 278.

32. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2. Sur le contenu possible des ententes de vie commune, voir S. ALLARD et autres, « Le concubinage », dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Répertoire de droit*, « Famille », Doctrine-Document n° 3, Montréal, avril 1993, article dans lequel les auteurs dégagent deux types d'ententes de vie commune : la convention du type *autonomiste* et la convention du type *participatif*, à l'instar des régimes matrimoniaux ; voir aussi D. LAPIERRE, « Les contrats de vie commune », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents sur l'union de fait*, *op. cit.*, note 29, p. 31.

33. *Droit de la famille-2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.).

34. *Ibid. Droit de la famille-3162*, C.S. Terrebonne, n° 700-04-004683-980, 1998-10-14, J.E. 98-2333 (j. Trudeau).

35. *S.C. c. P.G.*, [2001] R.J.Q. 2047, [2001] R.D.F. (C.A.). Pour un commentaire, voir A. 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.

protections relèvent cependant entièrement de l'autonomie de la volonté. À défaut de telles ententes, certains recours de droit commun peuvent cependant venir en aide aux conjoints en cas de séparation.

C'est à l'occasion de conflits surgissant au moment de la séparation des conjoints que s'est ainsi développée, depuis une vingtaine d'année, une importante jurisprudence sur l'union libre. Dans un premier temps, des conjoints de fait ont tenté de faire valoir l'existence d'une société tacite entre eux, ouvrant ainsi la porte à des recours en partage en cas de liquidation de la société, c'est-à-dire au moment de la séparation des parties³⁶. En 1984, la Cour suprême reconnaissait la disponibilité d'un tel recours, mais elle en restreignait considérablement l'application³⁷, réduisant du même coup son utilité pour les conjoints de fait³⁸. Les tribunaux semblent actuellement plutôt réticents à reconnaître que des conjoints de fait sont des « associés » au sens du Code civil³⁹, même en présence d'unions de longue durée⁴⁰.

36. C.c.Q., précité, note 20, art. 2202 et 2265. Dans cette perspective, la vie commune est présentée comme une aventure commune dans laquelle chaque conjoint apporte son argent et son travail et dont les bénéfices doivent ultimement être partagés : (S. ALLARD et autres, *loc. cit.*, note 32, paragr. 46).

37. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, précité, note 32.

38. La Cour suprême énonce que le concubinage et l'union de biens qui peut en résulter ne suffisent pas à créer une telle société. Le juge Lamer faisait à cette occasion « une mise en garde contre le danger de conclure trop facilement à l'existence d'une société tacite dans le but louable de réparer l'injustice qui résulte de la situation dans laquelle se trouvent placées les concubines » (*Id.*, p. 17). La Cour suprême rappelle, dans cette décision, les trois conditions fondamentales pour pouvoir conclure à l'existence d'une société entre concubins et donc à un droit au partage des biens de cette société : un apport (en argent, en biens ou en services) de la part de chaque associé et dépassant la contribution normale aux dépenses de la vie conjugale ; le partage effectif des bénéfices et des pertes depuis le début de la société ; et, enfin, l'intention de fonder une société dans le but de partager les pertes et les profits. Ces exigences très strictes (particulièrement la dernière condition) ont réduit grandement les possibilités pour les conjoints de fait d'utiliser un tel recours avec succès.

39. C.c.Q., précité, note 20, art. 2186 et 2250. *Droit de la famille-2985*, [1998] R.D.F. 320 (C.S.) et, plus récemment, *Jeannotte c. Émard*, C.S. Joliette, n° 705-05-003619-981, 2000-05-25, J.E. 2000-1415 (j. Guibault).

40. J. VERDON, « L'union de fait... de quel droit, au fait ? », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 27. En effet, par essence le concubinage n'a pas pour objet la réalisation de « profits » mais plutôt la réussite de la relation conjugale et l'épanouissement de chaque conjoint. C'est ainsi, par exemple, que la jurisprudence majoritaire n'accepte plus de voir dans l'acquisition commune de la résidence familiale la démonstration de l'existence d'une société entre conjoints de fait, préférant appliquer à cette situation les règles ordinaires de la copropriété, notamment la règle de

Le recours pour enrichissement sans cause représente, par contre, une avenue plus intéressante, particulièrement depuis l'arrêt *Peter c. Beblow*⁴¹. Au début des années 80, les tribunaux avaient tendance à considérer que l'enrichissement d'un conjoint et l'appauvrissement de l'autre étaient généralement « justifiés » par des considérations tel l'espoir d'une vie meilleure⁴² ou même, plus simplement, l'amour conjugal... Cela revenait à dire que, si un conjoint s'était appauvri, il l'avait fait par amour. Cela signifiait aussi que le sentiment amoureux constituait la justification juridique de l'enrichissement de l'autre. Cette façon de voir rendait quasi impossible le recours pour enrichissement sans cause. Cependant, vers la fin des années 80, les tribunaux ont commencé à être plus sensibles aux injustices résultant de la séparation de couples non mariés et à considérer plus sérieusement la possibilité de rétablir une certaine équité économique entre les conjoints⁴³. Dans la foulée de l'affaire *Peter c. Beblow*, la jurisprudence est majoritairement favorable aux réclamations entre conjoints de fait pour

l'article 1015 C.c.Q. selon laquelle, sauf convention contraire, la part de chaque propriétaire est présumée égale, ce qui signifie que, en cas de séparation et de partage, chaque conjoint a en principe droit à la moitié de la valeur de l'immeuble. Selon la tendance jurisprudentielle actuelle, cette présomption s'applique même si l'investissement réel de chaque conjoint est inégal. En ce sens, voir : R. LASALLE, « Les conjoints de fait et la résidence familiale », *loc. cit.*, note 29, 113-114 ; voir également *Droit de la famille-3455*, [1999] R.J.Q. 2946 (C.S.).

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

42. C'était la position de la Cour suprême dans l'affaire *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, précitée, note 32.

43. *Droit de la famille-1083*, [1987] R.D.F. 87 (C.S.) ; *Droit de la famille-359*, [1987] R.D.F. 156 (C.S.). C'est en 1986 que la Cour d'appel accepte formellement pour la première fois le recours pour enrichissement injustifié entre conjoints de fait, dans l'affaire *Riel c. Beaudet*, C.A. Montréal, n° 500-09-001041-813, 16 mai 1986. Dans un premier temps, les tribunaux ont accepté de « compenser » des conjoints de fait qui avaient contribué à l'enrichissement de leur partenaire soit par des investissements financiers (par exemple, en faisant des paiements sur la résidence dont l'autre conjoint était propriétaire unique), soit par un travail qui, en principe, aurait dû être rémunéré (par exemple, en assumant le secrétariat du conjoint professionnel ou en travaillant dans son entreprise sans rémunération appropriée) : M. GAUTHIER, « L'union libre, un état de droit, un état de fait ou un état ambigu ? », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Nouveaux développements en droit familial – Les aspects économiques d'une rupture*, Collection de droit 1989-90, Montréal, Barreau du Québec, 1989, p. 223, aux pages 241-242. La question de savoir si les services du type domestique pouvaient permettre un recours pour enrichissement injustifié était plus problématique et ce genre de réclamation était systématiquement refusé par les tribunaux jusqu'au début des années 90 : *Droit de la famille-359*, [1990] R.J.Q. 983 (C.A.).

enrichissement sans cause⁴⁴. Dans cet important arrêt, le juge Cory préconise, au nom de la Cour, l'introduction d'une présomption qui s'avère une protection extraordinaire pour les conjoints de fait, en avançant que « dans le cas où une personne fournit à l'autre les « services d'un conjoint », on doit [...] considérer que ces services ont été fournis dans l'attente d'une rémunération, sauf preuve contraire⁴⁵ ». Fait intéressant, la Cour suprême qualifie le concubinage de longue durée (en l'espèce douze ans) d'« union quasi matrimoniale » et elle estime que, dans de telles unions, « on devrait, en l'absence d'une preuve contraire forte, conclure que l'enrichissement d'une partie donnera lieu à l'appauvrissement de l'autre »⁴⁶. Dès lors que la vie commune est de longue durée, il y aurait donc une double présomption en faveur du conjoint « appauvri » : une présomption de lien entre l'appauvrissement de l'un et l'enrichissement de l'autre ainsi qu'une présomption d'attente légitime d'une compensation équitable représentant une part de la valeur des biens accumulés pendant la durée de la relation.

En résumé, les conjoints de fait disposent au Québec de la possibilité d'organiser leurs relations patrimoniales sur une base consensuelle et d'utiliser des recours de droit commun pour pallier l'absence de mécanismes protectionnels particuliers. À défaut d'effets légaux contraignants et de règles de solidarité automatiques, la protection des conjoints en union libre est cependant loin de celle dont bénéficient les conjoints mariés ou vivant en union civile. Cet état de choses est-il satisfaisant ou faut-il aller plus loin en imposant, au nom de la protection du conjoint le plus faible, un cadre juridique équivalent à celui du mariage et de l'union civile ? Avant d'aborder cette question, il est utile de décrire brièvement la situation juridique des conjoints de fait ailleurs au Canada où la tendance est précisément d'intervenir de façon plus impérative à leur égard.

44. Voir notamment *Dion c. Kopersiewich (Succession de)*, [2002] R.R.A. 991 (rés.), J.E. 2002-1346 (C.S.), où le tribunal accepte d'appliquer la théorie de l'enrichissement injustifié en raison d'un déséquilibre entre les services domestiques fournis par chacun des conjoints. Voir également : *Droit de la famille-2235*, [1995] R.D.F. 494 (C.S.); *Droit de la famille-2648*, [1997] R.D.F. 246 (C.S.); *Meunier c. Thibault*, [2002] R.D.F. 260 (C.S.); *G.A c. V.B.*, [2001] R.D.F. 786 (C.S.); *Barette c. Imbault*, [2000] R.D.F. 813 (C.Q.); *Péladeau c. Savard*, [2000] R.D.F. 692 (C.S.); et la jurisprudence citée dans V. BELZILE, « Recours entre conjoints de fait : enrichissement injustifié et action *de in rem verso* », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 29, p. 125, aux pages 136 et suiv. Quelques jugements isolés continuent pourtant à appliquer le raisonnement restrictif retenu avant l'arrêt *Peter c. Beblow* de la Cour suprême : voir, par exemple, *Droit de la famille-2001*, [1994] R.D.F. 537 (C.S.), et *Droit de la famille-2512*, [1996] R.J.Q. 2589 (C.S.).

45. *Peter c. Beblow*, précité, note 41, 1018.

46. *Id.*, 1013.

1.2 La situation dans les autres juridictions canadiennes : une différenciation patrimoniale déclinante

Au cours des dernières années, la question du statut juridique des conjoints a fait l'objet de nombreux débats, notamment à l'occasion des travaux des différentes commissions de réforme du droit partout au Canada⁴⁷. À l'instar du Québec, les autres juridictions canadiennes ont aboli les distinctions que la common law faisait traditionnellement entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes, confirmant ainsi que le statut matrimonial des parents ne devrait plus avoir d'impact sur la situation juridique des enfants⁴⁸. En ce qui concerne le statut juridique des conjoints de fait, il est vrai que, jusque vers la fin des années 60, les lois des autres provinces ne prévoyaient à peu près rien. Cependant, il est intéressant de noter que le concubinage y est traditionnellement qualifié de *common law marriage*, dénotant ainsi une certaine acceptation de ce mode de conjugalité et certainement une reconnaissance des similarités entre celui-ci et le mariage « officiel ». Les années 70 marquent le début de la reconnaissance de ces unions conjugales par un nombre croissant de législations. Toutefois, à la différence du droit québécois, le droit des autres provinces n'a pas limité cette reconnaissance au champ du droit social et du droit public.

En effet, dès le début des années 70, certaines provinces ont imposé une obligation alimentaire aux conjoints de fait lorsque ceux-ci ont vécu en couple pendant un nombre d'années déterminé ou dès lors qu'ils ont des enfants⁴⁹. Aujourd'hui, toutes les juridictions canadiennes (à l'exception

47. Voir notamment les rapports suivants : BRITISH COLUMBIA LAW INSTITUTE, *Report on Recognition of Spousal and Family Status*, Vancouver, [En ligne], 1998, [<http://www.bcli.org>] (octobre 2002) ; THE INSTITUTE OF LAW RESEARCH AND REFORM, *Survey of Adult Living Arrangements, A Technical Report*, Research Paper No. 15, Calgary, novembre 1984 ; ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*, Ontario, 1993 ; ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Reform of the Intestate Succession Act*, Report No. 78, juin 1999 ; ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Family Law Project: Spousal Support*, Report for Discussion No. 18.2, octobre 1998 ; ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Towards Reforms of the Law Relating to Cohabitation Outside Marriage*, Report No. 53, juin 1989.

48. N. BALA et R. JAREMKO BROMWICH, « Context and Inclusivity in Canada's Evolving Definition of the Family », (2002) 2 *International Journal of Law, Policy and the Family* 145, 150.

49. La Colombie-Britannique a été la première province à légiférer en ce sens (*British Columbia Family Relations Act*, S.C. 1972, c. 20, s. 15(e)), suivie par l'Ontario quelques années plus tard (*Ontario Family Law Reform Act*, S.O. 1978, c. 2, s. 14). Comme l'indique W. HOLLAND, *loc. cit.*, note 4, 128, les motivations du législateur ontarien n'étaient pas des plus altruistes : « the extension was rather grudging and seems primarily to have

notoire du Québec) imposent une telle obligation entre conjoints de fait. Le fondement de cette extension du droit alimentaire réside dans le fait que le législateur reconnaît que les attentes ainsi que le degré d'interdépendance financière et matérielle des conjoints de fait ne sont pas différents de ceux des conjoints mariés dès lors que la relation conjugale démontre une certaine pérennité ou que des enfants sont issus de celle-ci. L'imposition d'une obligation alimentaire en dehors du cadre du mariage est essentiellement une mesure de protection des femmes (particulièrement les mères) qui à l'issue d'une union stable se retrouvent en situation de précarité économique. C'est aussi une façon d'alléger le fardeau de l'État sur le chapitre de l'aide sociale et de l'aide aux familles⁵⁰. Ainsi, la législation ontarienne, qui est parmi les premières à avoir étendu l'obligation alimentaire aux concubins, était en réalité motivée avant tout par la volonté de venir en aide aux mères chefs de famille monoparentale⁵¹. L'obligation alimentaire, qui est aujourd'hui présentée comme une mesure générale de protection des conjoints de fait, a été donc conçue au départ comme un mécanisme de protection de la famille, concernant précisément la situation des conjointes de fait qui, à l'issue de la séparation, se trouvaient à assumer la garde des enfants. Les législateurs reconnaissent ainsi que, pour répondre de façon appropriée

been designed to « pass the buck » from welfare authorities to the family ». Pour la législation des autres provinces en matière alimentaire, voir : *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, c. D-3, art. 1 (telle qu'amendée par R.S.A. 1999, c. 20, art. 2); *Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F-20, art. 4 (3) et art. 14; *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, art. 112 (3); *Family Law Act*, R.S.Nfld. 1990, c. F-2, art. 35; *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 2 (m); *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, art. 29; *Family Maintenance Act*, S.S. 1990, c. F-6.1, art. 2; *Maintenance Act*, R.S.N.W.T., c. M-1, art. 1; *Family Property and Support Act*, R.S.Y. 1986, c. 63, art. 35. Depuis l'arrêt *M. c. H.*, précité, note 1, ce droit alimentaire est désormais étendu aux couples homosexuels, la Cour suprême ayant jugé discriminatoire la limitation de l'obligation aux seuls couples hétérosexuels. Rappelons que l'orientation sexuelle a été reconnue de façon unanime par la Cour comme motif analogue au sens de l'article 15 de la Charte canadienne dans l'arrêt *Egan c. Canada*, précité, note 15. Dès lors que la loi désarrimait l'obligation alimentaire de l'institution du mariage pour l'étendre aux couples d'une certaine permanence, il devenait difficile de justifier la limitation aux couples hétérosexuels puisque, constate la Cour suprême, les personnes de même sexe aussi forment souvent des unions durables et intimes, leurs relations comportant d'ailleurs un bon nombre de caractéristiques « conjugales ». Les exclure du bénéfice de la loi revient en l'espèce à considérer que les couples homosexuels sont jugés incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière, ce qui, de l'avis de la Cour suprême, perpétue les désavantages subis par les personnes vivant en couple avec une personne du même sexe et est donc attentatoire à leur dignité.

50. Voir en ce sens N. BALA et R. JAREMKO BROMWICH, *loc. cit.*, note 48, 157.

51. W. HOLLAND, *loc. cit.*, note 4, 128.

aux besoins des enfants dans les familles désunies, il convient de prévoir aussi des mesures de protection à l'égard des parents gardiens, leur situation matérielle étant inextricablement liée à celle des enfants, indépendamment de leur statut matrimonial.

En ce qui concerne les demandes de partage des biens entre conjoints de fait, le droit des provinces anglophones a connu la même trajectoire que le droit québécois. Traditionnellement, ces demandes étaient vouées à l'échec, et ce, pour les mêmes raisons que celles qui étaient avancées au Québec dans le cas des demandes fondées sur l'enrichissement sans cause. Ce n'est qu'à partir des années 80 que les tribunaux ont accepté d'appliquer le mécanisme de la *constructive trust* pour reconnaître un droit d'action aux conjoints de fait injustement appauvris. Ce mouvement a culminé avec l'arrêt *Peter c. Beblow*⁵².

Aujourd'hui, certaines provinces n'hésitent pas à imposer aux conjoints de fait les règles de partage généralement réservées aux époux mariés. Toutefois, à l'instar du droit québécois, la majorité des provinces n'ont pas été jusque-là⁵³. Il est donc possible d'affirmer qu'à l'extérieur du Québec c'est essentiellement la question du partage des biens qui différencie le cadre juridique des conjoints mariés et des conjoints de fait, alors qu'au Québec, nous l'avons vu, ces distinctions sont plus nombreuses⁵⁴.

52. *Peter c. Beblow*, précité, note 41.

53. Les Territoires du Nord-Ouest, le Nunavut et la Saskatchewan sont, en effet, les seules juridictions au Canada à avoir étendu *de façon complète* les droits sur les biens matrimoniaux aux conjoints de fait. Voir : *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, art. 1 ; *Family Law Act* (Nunavut), S.N.W.T. 1997, c. 18 ; *Loi sur les biens familiaux* (Saskatchewan), L.C.S., c. F-6,3. À Terre-Neuve, les conjoints de fait ont la possibilité de se soumettre volontairement à la loi prévoyant le partage des biens matrimoniaux en cas de rupture (voir : *Family Law Act*, R.S.Nfld. 1990, c. F-2, art. 63). Il en est de même en Colombie-Britannique où les conjoints de fait, par contrat, peuvent se soumettre au régime prévu pour les couples mariés (voir : *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128) ; en Nouvelle-Écosse, deux personnes vivant ensemble en union conjugale, quel que soit leur sexe, peuvent obtenir des droits sur le patrimoine familial en enregistrant leur union libre : *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, c. 29, art. 45, ajoutant une deuxième partie sur les partenaires domestiques intitulée *Part II : Domestic Partners* à la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494 ; il s'agit de la seule province canadienne ayant introduit le mécanisme d'enregistrement des conjoints de fait (si l'on fait abstraction de l'« union civile » du Québec qui est un mécanisme relevant plus de l'institution du mariage que de l'enregistrement public).

54. Mentionnons notamment l'obligation alimentaire, la protection de la résidence familiale et les règles du patrimoine familial.

2 La différenciation patrimoniale de l'union de fait : un enjeu constitutionnel et un enjeu social

2.1 L'enjeu constitutionnel : le triomphe un peu excessif du libre choix dans l'affaire *Walsh*

La question de l'imposition d'un statut civil aux conjoints de fait revient régulièrement à l'avant-scène depuis une trentaine d'années déjà et oppose, nous l'avons observé, les principes d'autonomie et de protection. Depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne, la question n'est plus formulée exclusivement en termes d'opportunité sociale mais aussi, et peut-être davantage, en termes de conformité avec le droit constitutionnel à l'égalité des individus sans égard à leur état matrimonial.

La « constitutionnalisation » du débat social entourant l'idée d'étendre les droits et obligations du mariage à l'union de fait a pris un tournant décisif avec l'affaire *Miron c. Trudel*⁵⁵. Il s'agissait, en l'espèce, de se prononcer sur la constitutionnalité de la définition du terme « conjoint » prévue dans la *Loi sur les assurances de l'Ontario*⁵⁶, laquelle ne touchait que les couples mariés. Pour la première fois, la Cour suprême énonce alors que l'état matrimonial constitue un motif analogue de discrimination au sens de l'article 15 (1) de la Charte et elle conclut que la distinction opérée par la loi est discriminatoire en ce qu'elle laisse entendre que les personnes vivant en dehors du mariage sont moins dignes de protection et de reconnaissance. En transposant ce constat au domaine du droit conjugal privé, plusieurs tribunaux dans les provinces anglophones ont résolument trouvé dans les arrêts *Miron c. Trudel* et *M. c. H.*⁵⁷ la caution juridique pour

55. *Miron*, précité, note 1.

56. *Loi sur les assurances de l'Ontario*, L.R.O., 1980, c. 218.

57. *M. c. H.*, précité, note 1. Il est vrai que cet arrêt ne concerne pas les effets obligatoires du mariage, mais il constitue néanmoins un pas important vers la reconnaissance intégrale des droits conjugaux à tous les types d'unions conjugales. Et c'est de cette façon que cette décision de la Cour suprême est interprétée par bien des observateurs. Voir notamment B. COSSMAN et B. RYDER, « *M v. H* : Time to Clean Up Your Acts », (1999) 3 *Forum constitutionnel* 59, 63 : « It is true that the Court in *M v. H* was not dealing directly with marriage, nor with the legal rights extended exclusively to married couples. Yet, the combination of the Court's ruling in *M v. H* and *Miron v. Trudel* means that the constitutionality of any distinctive legal status for married spouses must be demonstrated by governments [...] If *Miron* leans strongly towards merging the legal status of married and common law couples, and *M v. H* does the same for common law couples and same-sex couples, then the end result is momentum towards conferring the entire package of marital rights and responsibilities on same-sex couples. »

entamer le processus d'élimination des principales différences entre conjoints mariés et conjoints de fait en droit patrimonial de la famille, que ce soit sur le chapitre de l'obligation alimentaire⁵⁸ ou du droit successoral⁵⁹ ou encore, ultime étape, du partage des biens familiaux⁶⁰.

-
58. *Taylor c. Rossu*, (1998) 161 D.L.R. (4th) 266 (Alta. C.A.) : cette importante décision de la Cour d'appel déclare discriminatoires les dispositions de la législation albertaine qui limitent le droit alimentaire aux conjoints mariés. En réaction à cet arrêt, la législature de l'Alberta a modifié sa législation pour inclure les conjoints de fait dans la définition de conjoint au sens de la loi (*Domestic Relations Amendment Act*, S.A. 1999, c. 20). Voir aussi : *Grover c. MacIntosh*, [2001] Carswell NB 269, 2001 NBQB 107 (N.B.Q.B.). Dans cette affaire, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a jugé discriminatoire le délai d'un an, imposé par la *Family Services Act*, S.N.B., c. P.5.1, et la *Pension Benefits Act*, S.N.B., c. P.5.I, à l'intérieur duquel les conjoints de fait devaient demander des aliments, le cas échéant, à leur ancien conjoint. Les époux mariés n'étaient pas limités par un tel délai. S'appuyant notamment sur les arrêts *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 (ci-après cité : « Law »), *Miron et Walsh*, précités, notes 1 et 3, la Cour a statué que la distinction créée par les lois en question était fondée sur l'état matrimonial et portait atteinte à la dignité des conjoints de fait. Voir aussi les affaires *W.X. c. Y.Z.*, [2000] N.B.J. 331 (N.B.Q.B.), et *M.T. c. British Columbia*, [2000] B.C.J. No. 2641 (B.C. Prov. Ct.).
59. Dans l'affaire *Grigg c. Berg Estate*, (2000) 186 D.L.R. (4th) 160 (B.C.S.C.), la Cour suprême de la Colombie-Britannique déclarait inconstitutionnel l'article 2 de la *Wills Variation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68. Cette disposition prévoyait notamment qu'un tribunal, s'il était d'avis qu'un testateur décédé n'avait pas pris des mesures appropriées afin de subvenir aux besoins de son épouse, pouvait ordonner des mesures plus justes et équitables. La loi ne concernait cependant que les époux légaux ainsi que les enfants et non les conjoints de fait. Au moment de l'audition de la cause, le législateur de la Colombie-Britannique avait déposé le projet de loi 100 – *Definition of Spouse Amendment Act*, 1999, S.B.C. 1999, c. 29, qui modifiait, notamment, la *Wills Variation Act* en remplaçant les mots « mari et femme » par « conjoint ». Cette loi n'était toutefois pas en vigueur au moment de rendre jugement. C'est pourquoi la Cour prononçait tout de même l'inconstitutionnalité de l'article 2 de la loi (voir également *Johnson c. Sand*, [2001] A.J. No. 390 (Alta. Surrogate Ct.). Dans *Ferguson c. Armbrust*, (2000) 187 D.L.R. 367 (Sask. Q.B.), la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan en arrivait à un résultat similaire en ce qui concerne deux lois provinciales prévoyant certaines dispositions en matière de succession (*The Administration of Estates Act*, S.S. 1998, c. A-4.1, telle qu'amendée par S.S. 1999, c. 2, art. 51, et *The Intestate Succession Act*, S.S. 1996, c. I-13.1, telle qu'amendée par S.S. 1999, c. 5, art. 4), décision confirmée par la Cour d'appel : *Armbrust c. Ferguson*, [2001] S.J. Quicklaw n° 703 (C.A. Sask.).
60. Voir les décisions *Walsh c. Bona*, (2000) 186 D.L.R. (4th) 50 (N.S.C.A.) (renversée en Cour suprême : *Walsh*, précité, note 3) et *Watch c. Watch*, (2000) 182 Sask. R. 237 (Sask. Q.B.), qui déclarent inconstitutionnelles les dispositions législatives des provinces visées sur les droits matrimoniaux, qui excluaient de leurs bénéficiaires les conjoints de fait. Dans les deux cas, les tribunaux s'appuient essentiellement sur le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Miron*, précité, note 1, pour conclure au caractère discriminatoire des dispositions incriminées.

Plusieurs provinces canadiennes ont adopté des lois qui étendent aux conjoints de fait le bénéfice de leur législation en matière de biens matrimoniaux et plusieurs commissions de réforme du droit à l'échelle du pays proposent d'aller en ce sens⁶¹. La question de savoir si ce mouvement d'uniformisation du statut patrimonial des conjoints correspond effectivement à une exigence égalitaire d'ordre constitutionnel a été posée à la Cour suprême dans l'affaire *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*⁶². Allant, de manière surprenante, à contre-courant d'une solide doctrine dans les provinces anglophones⁶³, la plus haute juridiction a répondu par la négative, estimant au contraire que la différenciation patrimoniale de l'union de fait traduit le respect de la liberté personnelle comme valeur fondamentale sous-jacente à la Charte canadienne. La Cour suprême confirme dès lors la validité constitutionnelle de la *Matrimonial Property Act* (MPA) de la Nouvelle-Écosse qui exclut les conjoints de fait de son champ d'application.

61. *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, art. 1 ; *Family Law Act* (Nunavut), S.N.W.T. 1997, c. 18 ; *Loi sur les biens familiaux* (Saskatchewan), L.C.S., c. F-6,3 ; *Family Law Act*, R.S.Nfld. 1990, c. F-2, art. 63 ; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128 ; *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, c. 29, art. 45. Voir aussi les références citées à ce propos par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Walsh*, précité, note 3, paragr. 161.

62. *Walsh*, précité, note 3.

63. B. COSSMAN et B. RYDER, *loc. cit.*, note 57 ; N. BALA, « Court Decisions on Same-sex and Unmarried Partners, Spousal Rights and Children », dans A. BAINHAM (dir.), *The International Survey of Family Law*, Londres, Jordan Publishing Limited, 2001, p. 43 ; N. BALA, « The Charter of Rights & Family Law in Canada : A New Era », (2001) 18 *C.F.L.Q.* 373 ; N. BALA, « Alternatives for Extending Spousal Status in Canada », (2000) 17 *C.J.F.L.* 169 ; D.A. ROLLIE THOMPSON, « Rules and Rulelessness in Family Law : Recent Developments, Judicial and Legislative », (2001) 18 *C.F.L.Q.* 25 ; B. COSSMAN, « Developments in Family Law : The 1998-99 Term », (2000) *S.C.L.R.* (2d) 433 ; W. HOLLAND, *loc. cit.*, note 4 ; W. HOLLAND, « Cohabitation and Marriage – A Meeting at the Crossroads ? », (1991) 7 *C.F.L.Q.* 31 ; M. MCCARTHY et J. RADBORD, « *M v. H* : Case Commentary », (1999) (Quicklaw) ; M. MCCARTHY et J. RADBORD, « New Ontario Definition of 'Spouse' Due Nov. 20 », (1999) 24 (19) *The Lawyers Weekly* (Lexis-Nexis), P. MACEACHERN, « Spouse or Not Spouse ? Advising Clients in Same-Sex Relationships », 6th *Annual Institute of Family Law*, Ottawa, 1997 (Quicklaw). Voir cependant le courant doctrinal minoritaire : K. KUFFNER, « Common-law and Same-sex Relationships Under the Matrimonial Property Act », (2000) 63 *Sask. L. Rev.* 237 ; C. DAVIES, « Loi sur les biens matrimoniaux : restrictive à juste titre ou démesurément étroite ? Un examen de l'application limitée de la loi avec un coup d'œil de biais à la décision *M. c. H.* », (1999/2000) 30 *R.G.D.* 689 ; C. DAVIES, « The Extension of Marital Rights and Obligations to the Unmarried : Registered Domestic Partnerships and Other Methods », (2000) 17 *C.F.L.Q.* 247 ; pour cette dernière, la tendance à imposer de plus en plus de droits et d'obligations aux conjoints de fait est irréversible, mais la question actuelle est de savoir jusqu'où ce mouvement d'assimilation devrait aller.

Il n'est pas sûr que ce jugement résolument autonomiste constitue une réponse mesurée au plaidoyer parfois exagérément protecteur, voire paternaliste, de certains auteurs. Un examen détaillé des motifs exposés au soutien du jugement majoritaire de la Cour donne en effet à penser que, si le débat sur la constitutionnalité du traitement patrimonial différencié des conjoints de fait paraît clos, la question de l'opportunité sociale d'un tel traitement reste posée.

Dans l'arrêt *Walsh*, la Cour suprême devait décider si l'exclusion des conjoints de fait de la définition des « conjoints » visés par la présomption de partage égal des biens matrimoniaux prévue par la MPA était discriminatoire aux fins de l'article 15 de la Charte. La Cour suprême procède ainsi à l'analyse en trois étapes prescrite par l'arrêt de principe *Law c. Canada*⁶⁴, et qui consiste à répondre aux trois grandes questions suivantes : 1) La loi opère-t-elle une différence de traitement ? 2) Dans l'affirmative, cette différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés à l'article 15 ou encore sur un ou plusieurs motifs analogues ? 3) Dans l'affirmative, cette différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle porte atteinte à la dignité des personnes qui la subissent⁶⁵ ? Nous nous pencherons successivement sur chacune de ces questions.

2.1.1 Une différence de traitement

Le fait de ne pas appliquer aux conjoints vivant en union de fait un régime d'effets patrimoniaux obligatoires constitue sans conteste une différence de traitement par rapport aux conjoints mariés qui, quant à eux, sont assujettis à un tel régime. La caractéristique personnelle sur laquelle repose cette différence de traitement est la situation matrimoniale, plus précisément le fait de ne pas être marié. La Cour suprême conclut sans difficulté que la MPA crée une différence de traitement, ce que le procureur général de la province a d'emblée concédé⁶⁶.

64. *Law*, précité, note 58. Après dix ans de mésentente quant à l'interprétation juste qu'il fallait faire de la norme constitutionnelle d'égalité, les neuf juges de la Cour suprême en arrivaient à un jugement unanime dans l'arrêt *Law*. Pour une analyse complète de la jurisprudence de la Cour suprême avant cet arrêt, voir : D. PROULX, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en arrière ? », (2001) 61 *R. du B.* 185.

65. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 31. La dignité humaine constitue depuis l'arrêt *Law*, précité, note 58, paragr. 51-53, l'objet fondamental de la protection de la garantie d'égalité consacrée à l'article 15 de la Charte.

66. *Walsh*, précité, note 3, par. 32.

2.1.2 Une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue

Sur ce point, la Cour suprême se contente de prendre acte de sa décision dans l'affaire *Miron c. Trudel* selon laquelle l'« état matrimonial » qu'est l'union de fait constitue bel et bien un motif analogue susceptible de fonder un constat de discrimination au sens de l'article 15⁶⁷. Il n'était guère nécessaire de pousser plus loin l'analyse dès lors que, depuis l'arrêt *Corbiere c. Canada*, il est établi qu'une fois jugé analogue un motif de distinction « demeure un indicateur permanent de discrimination pour les affaires ultérieures⁶⁸ ».

2.1.3 Une différence de traitement dont l'effet est discriminatoire : l'atteinte à la dignité humaine

Résultant de l'interprétation fondée sur l'objet des droits à l'égalité, l'exigence ferme d'une atteinte à la dignité posée dans l'affaire *Law* constituera bien souvent un obstacle de taille pour le demandeur, ce qui en fait un aspect controversé de cette décision⁶⁹. Selon la Cour suprême, seule une

67. *Ibid.*

68. *Corbiere c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203, paragr. 8 (ci-après cité : « *Corbiere* »). Voir aussi *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, paragr. 41 (ci-après cité : « *Lavoie* »). Il est clair depuis l'arrêt *Corbiere* que, pour être analogue à un des motifs énumérés à l'article 15, une caractéristique personnelle doit être immuable ou réputée telle en ce sens que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre qu'une personne la change ou y renonce pour jouir d'un traitement égalitaire. Par analogie avec la « religion » figurant dans l'énumération des motifs interdits de discrimination, seront dès lors réputés immuables, aux fins de l'article 15, les choix personnels à ce point fondamentaux qu'ils ne seront modifiables « qu'à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle ». À la lumière de l'orientation autonomiste de la majorité dans l'arrêt *Walsh*, nous pouvons affirmer que c'est d'abord à titre de choix personnel fondamental auquel l'État ne peut légitimement forcer un citoyen à renoncer que l'union de fait est un motif analogue aux fins de l'article 15. Les autres facteurs avancés par la majorité dans l'arrêt *Miron*, à savoir le désavantage historique et l'absence de choix véritable (voir paragr. 150-153), ne seraient plus jugés pertinents.

69. Certains sont d'avis que la Cour suprême a franchi un pas de plus vers la garantie d'une véritable égalité (*substantive equality*). Voir : D. GRESCHNER, « Does *Law* Advance the Cause of Equality? », (2001) 27 *Queen's L.J.* 299, 300 et suiv. ; B. MCLACHLIN, « Equality: The Most Difficult Right », (2001) 14 *S.C.L.R.* 17, 24 à 27 ; E.P. MENDES, « Taking Equality Into the 21st Century: Establishing the Concept of Equal Human Dignity », (2001) 12 *N.J.C.L.* 3, 18 et 19 ; Y.-M. MORISSETTE, « Quelques points de repère sur l'égalité dans une société diversifiée », (2000) 79 *R. du B. can.* 81, 84. Selon C.D. BAVIS, « *Vriend v. Alberta, Law v. Canada, Ontario v. M. and H.*: The Latest Steps on the Winding Path to Substantive Equality », (1999) 37 *Alta L. Rev.* 683, 714, l'arrêt *Law*

analyse contextuelle permet d'établir si une loi est effectivement discriminatoire en ce qu'elle porte atteinte à la dignité humaine du demandeur : « La question première que se posera le tribunal dans chaque affaire sera de savoir si une atteinte à la dignité humaine a été démontrée, compte tenu des contextes historique, social et politique dans lequel l'allégation est formulée⁷⁰. »

Pour structurer cette analyse, la Cour suprême a dégagé quatre facteurs contextuels principaux tout en soulignant que ces derniers ne sont pas exhaustifs et que leur application ne saurait être mécanique ni formaliste⁷¹. C'est ainsi qu'il revient en définitive aux juges, instruits de toutes les données de chaque affaire, de pondérer ces facteurs de la manière qu'ils estiment la mieux adaptée à la finalité de l'exercice qui est de vérifier si la distinction opérée par la loi, en fonction d'un ou de plusieurs motifs énumérés ou analogues, reflète une application stéréotypée de présomées caractéristiques personnelles ou favorise l'opinion que l'individu visé est moins digne de respect. Les quatre facteurs contextuels principalement retenus par la Cour suprême sont :

- 1) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes ou de vulnérabilité subis par le demandeur ;
- 2) la correspondance entre la différence de traitement et les besoins ou la situation propres au demandeur ;
- 3) l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée à l'égard de groupes défavorisés dans la société ;
- 4) la nature et l'étendue du droit touché.

L'application de ces critères, comme l'ont relevé certains auteurs, comporte une part d'appréciation subjective qui tend à rendre difficilement

représente un pas dans « la bonne direction », mais l'approche de la Cour relativement à l'article 15 ne permet pas encore d'atteindre l'égalité véritable. D'autres sont plutôt d'avis que le régime d'analyse établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, était plus approprié. Voir : P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition sur feuilles mobiles, 4^e éd., Scarborough, Éditions Carswell, 1997, p. 25-52.

70. *Law*, précité, note 58, paragr. 83.

71. Dans sa plus récente affaire sur l'article 15, la Cour suprême réaffirme ces critères. Voir : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 C.S.C. 84, paragr. 18, 28-66 (j. McLachlin) (ci-après cité : « *Gosselin* »). Voir également les paragraphes 235-259 de l'opinion du juge Bastarache, dissident sur la question du droit à l'égalité.

prévisible le jugement qui sera porté par le tribunal⁷². Ce dernier jaugera en outre l'impact de la loi sur la dignité humaine à l'aune d'une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur⁷³. S'agissant de l'exclusion des conjoints de fait du partage des biens prévu par la MPA en cause dans l'affaire *Walsh*, le juge Bastarache formule la question dans les termes suivants : « En l'espèce, je dirais donc qu'il faut se demander si un conjoint hétérosexuel non marié raisonnable estimerait, compte tenu de tous les facteurs contextuels pertinents, que la MPA porte atteinte à sa dignité en ne l'incluant pas dans son champ d'application⁷⁴. »

Bien que le juge Bastarache fasse référence aux quatre facteurs contextuels habituels, son analyse repose pour l'essentiel sur le deuxième facteur, à savoir la correspondance entre la distinction découlant de la loi et la situation, le mérite ou les besoins des personnes visées par cette distinction.

2.1.3.1 Le premier facteur contextuel : le désavantage préexistant

L'exclusion, les stéréotypes et la discrimination subis par les membres du groupe faisant l'objet de la distinction sont pertinents à titre d'indicateurs possibles d'une vulnérabilité persistante et d'une dignité fragilisée, voire bafouée, de ce groupe dans le contexte social et politique actuel⁷⁵. Plus un groupe sera, indépendamment de la loi contestée, désavantagé et marginalisé, plus cette loi, en lui imposant une différence de traitement préjudiciable, sera susceptible d'exacerber les indignités infligées aux individus appartenant à ce groupe⁷⁶. C'est pourquoi la Cour suprême estime

72. Ces auteurs estiment que l'exercice de pondération contextuelle des quatre facteurs dégagés par la Cour suprême dans l'arrêt *Law* est trop subjectif. Il risque d'en résulter que la question de savoir s'il y a atteinte à la dignité humaine obéirait, avant tout, au point de vue personnel des magistrats. Voir : C.D. BREDT et I. NISHISATO, « The Supreme Court's New Equality Test : A Critique », (2000) 8 *Canada Watch* 16, 17 ; C.D. BAVIS, *loc. cit.*, note 69, 712-714 ; D. GRESCHNER, *loc. cit.*, note 69, 312 et 313 ; D. PINARD, « Charter and Context : The Facts for Which we Need Evidence, and the Mysterious Other Ones », (2001) 14 *S.C.L.R.* 163, 166 ; D. PROULX, *loc. cit.*, note 64, 238 ; et D. ROBITAILLE, *L'interaction entre l'article 10 de la Charte québécoise et les autres droits et libertés de la personne : l'influence de la Convention européenne et de la Charte canadienne*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2002, p. 93-99.

73. *Gosselin*, précité, note 71, paragr. 123 et 231 ; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, paragr. 55 (ci-après cité : « *Lovelace* ») ; *Walsh*, précité, note 3, paragr. 37.

74. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 37.

75. *Gosselin*, précité, note 71, paragr. 30 (j. McLachlin) ; *Law*, précité, note 58, paragr. 63.

76. *Law*, précité, note 58, paragr. 63.

que le constat d'un désavantage préexistant à la loi pourra dans certains cas s'avérer suffisant pour faire conclure à une violation de l'article 15 de la Charte.

Les juges majoritaires dans l'affaire *Walsh* tiennent pour centrale l'analyse comparative des situations respectives des conjoints de fait et des conjoints mariés par rapport à l'acceptation initiale des obligations découlant du mariage⁷⁷. Dès lors qu'il est impossible de présumer que les conjoints vivant en marge de l'institution du mariage ont néanmoins accepté toutes les obligations du mariage, ces juges refusent de faire découler quelque conséquence, dans l'analyse contextuelle, du désavantage social que les couples non mariés ont pu subir dans le passé.

La majorité a eu raison de n'accorder que très peu de poids à ce premier facteur pour juger de l'effet discriminatoire de la MPA. Les magistrats auraient cependant pu articuler plus clairement l'évaluation qu'il convient de faire, aux fins de l'article 15 de la Charte, de la situation sociale des conjoints de fait aujourd'hui. En effet, la prise en considération d'un désavantage préexistant ne peut être purement passéiste et statique ; elle a pour objet d'évaluer l'effet actuel et effectif de la loi sur la dignité humaine des personnes dont elle définit les droits et les obligations. Le fait qu'à un moment plus ou moins éloigné de son histoire un groupe ait été victime de préjugés ou de discrimination ne sera pertinent que s'il permet logiquement de conclure que, dans le contexte historique, social et politique régnant au moment où la loi est contestée, cette dernière vient corroborer ou perpétuer une situation effective d'exclusion sociale attentatoire à la dignité humaine des membres de ce groupe. Ainsi, la Cour suprême affirme sans ambages dans l'arrêt *Law* que la présence d'un désavantage historique ne permet pas automatiquement de conclure à une atteinte à la dignité humaine :

Par ailleurs, je ne veux pas non plus donner à entendre que l'appartenance du demandeur à un groupe historiquement plus défavorisé permettra de conclure à l'existence d'une violation du par. 15 (1), lorsqu'a été établie la preuve d'une différence de traitement. Il *peut* en être ainsi, mais la question de savoir si c'est le cas dépendra des circonstances de chaque affaire, et plus particulièrement, du fait que la distinction porte ou non véritablement atteinte à la dignité du demandeur⁷⁸.

Plus le passé douloureux d'un groupe sera éloigné de son statut social actuel ou étranger à celui-ci, moins il sera un marqueur fiable de vulnérabilité ou de fragilité des membres de ce groupe pour évaluer l'effet actuel

77. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 35.

78. *Law*, précité, note 58, paragr. 67.

d'une loi sur les droits à l'égalité de ses membres. S'agissant des personnes vivant en union de fait, la juge McLachlin a évoqué dans l'affaire *Miron* l'époque où les « concubinaires » étaient ostracisés et mis au ban de la communauté. Selon elle, la discrimination fondée sur l'état matrimonial qu'est l'union de fait « trouve son origine et son expression dans la désapprobation morale de toutes les unions à caractère sexuel, sauf celles sanctionnées par l'Église et par l'État⁷⁹ ». Elle a tiré argument de ce désavantage historique pour conclure que ce groupe était particulièrement exposé au risque de prise de décision stéréotypée à son égard⁸⁰. La juge L'Heureux-Dubé, dissidente dans l'affaire *Walsh*, y adopte un raisonnement semblable⁸¹.

L'analyse mise en avant dans l'affaire *Miron* doit, près de dix ans plus tard, être conciliée avec l'approche souple et contextuelle qu'impose la Cour suprême depuis sa décision dans l'affaire *Law*. Certains juges s'en sont toutefois tenus, dans la foulée de ce dernier arrêt, aux conclusions de la juge McLachlin dans l'affaire *Miron*, alors que d'autres ont estimé que la preuve à leur disposition concernant le sort que la société réserve aux conjoints de fait ne justifiait pas d'apprécier différemment la question du désavantage historique⁸². Or les données relatives au statut social des conjoints de fait dans la société québécoise d'aujourd'hui ne témoignent d'aucune vulnérabilité ni d'aucune trace de stigmatisation liées au choix de vivre en dehors du cadre marital formel. L'analyse des réalités actuelles en matière de conjugalité montrent non seulement que la normalisation sociale de l'union de fait est fermement acquise, mais aussi que ce type d'union constitue désormais une option privilégiée et socialement valorisée parce qu'elle cadre davantage avec une certaine volonté d'émancipation à l'égard de l'institution traditionnelle qu'est le mariage.

Il est difficile d'imaginer comment, dans ce contexte, un passé très nettement révolu d'exclusion sociale des conjoints de fait, peut autoriser de nos jours l'argument voulant qu'une loi contribue à exacerber une quelconque vulnérabilité ou marginalité des conjoints de fait par comparaison avec les conjoints mariés.

79. *Miron*, précité, note 1, paragr. 154.

80. *Id.*, paragr. 156.

81. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 93-98.

82. *Grigg c. Berg Estate*, précité, note 59.

2.1.3.2 Le deuxième facteur contextuel : le rapport entre le motif de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur

Ce facteur exige « que la mesure légale ou gouvernementale prenne en compte la situation particulière de ceux qu'elle touche, y compris tout avantage ou désavantage relatif⁸³ », que toute différence de traitement soit établie « en fonction de différences personnelles réelles entre les individus⁸⁴ ». Il a été déterminant dans l'affaire *Walsh*, la majorité estimant que, loin d'occulter les situations propres aux conjoints de fait et aux couples mariés, la distinction faite dans la MPA entre ces conjoints quant au partage des biens matrimoniaux reflète « les différences entre ces unions et respecte l'autonomie et la dignité fondamentales de la personne⁸⁵ ».

L'argument principal avancé au soutien du caractère discriminatoire du traitement particulier des conjoints de fait en matière patrimoniale est celui de la « similitude fonctionnelle » des couples non mariés et des couples mariés. Les couples vivraient globalement les mêmes vulnérabilités, les mêmes dépendances financières, les mêmes attentes. Selon ce point de vue, le conjoint de fait économiquement vulnérable doit, au terme d'une union conjugale marquée par l'engagement mutuel et l'interdépendance, pouvoir jouir des mêmes avantages patrimoniaux que le conjoint marié se trouvant dans une situation identique. Il serait injuste que le conjoint de fait ayant profité des avantages de l'union puisse échapper à toute obligation de partage lorsque la relation conjugale prend fin, et le seul moyen non discriminatoire de conjurer cette injustice sera de rattacher au mariage et à l'union de fait des effets patrimoniaux obligatoires identiques. Selon cette argumentation, l'impératif de protection du conjoint vulnérable devrait par conséquent, dans tous les cas, avoir préséance sur le choix des individus de s'inscrire dans un cadre conjugal moins formel et contraignant.

La thèse de la similitude fonctionnelle est au cœur du raisonnement de la jurisprudence qui s'appuie sur l'article 15 de la Charte canadienne pour éliminer progressivement toute différence entre les couples mariés et non mariés. Argument central dans l'arrêt *Miron*⁸⁶, elle a été ensuite reprise systématiquement par les tribunaux des provinces anglophones dont certains n'hésitent pas à se déclarer tenus par le raisonnement de la Cour

83. *Lavoie*, précité, note 68, paragr. 43 (j. Bastarache). Voir également *Gosselin*, précité, note 71, paragr. 37 (j. McLachlin).

84. *Law*, précité, note 58, paragr. 71.

85. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 62.

86. *Miron*, précité, note 1.

suprême (et donc aussi par cet argument) en raison de la règle de la *stare decisis*⁸⁷. Or la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Walsh* vient faire échec à cette thèse de manière retentissante. Le juge Bastarache écrit notamment ce qui suit :

[...] l'aspect le plus important de la question n'est pas de savoir si Mme Walsh et M. Bona se trouvaient, au moment du procès, dans une situation semblable à celle des personnes mariées, mais plutôt de se demander si les personnes qui décident de former une union conjugale sans se marier s'engagent dans cette union aux mêmes conditions que les personnes qui se marient. D'une part, nous sommes en présence de personnes qui choisissent de se marier et manifestent ainsi leur intention d'assumer les responsabilités et d'acquérir les droits légaux que la MPA attribue aux personnes ayant ce statut. Nous sommes d'autre part en présence de personnes dont on ne peut présumer qu'elles ont accepté toutes les obligations découlant du mariage⁸⁸.

Nous ne pouvons que souscrire à cette reconnaissance de la liberté de choix des conjoints comme facteur fondamental de distinction du mariage et de l'union de fait. Comme le souligne C. Davies⁸⁹, non seulement il y a de profondes différences objectives entre ces deux groupes⁹⁰, mais les conjoints de fait se perçoivent eux-mêmes généralement comme distincts des époux qui ont fait le choix du mariage. Des études sociologiques et démographiques semblent confirmer, par ailleurs, que l'union libre serait privilégiée par de nombreuses personnes précisément parce qu'elle exige un degré d'engagement moindre⁹¹. Le juge Bastarache s'appuie en outre sur les

87. En ce sens, voir : *Armbrust c. Ferguson*, précité, note 59.

88. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 35.

89. C. DAVIES, *loc. cit.*, note 63. Cette auteure, qui analyse les données démographiques démontrant ces différences, fait notamment référence à une étude menée auprès de la population de l'Alberta selon laquelle l'intention de s'exclure du régime légal prévu par l'institution du mariage a été qualifiée par les répondants de « bonne raison » justifiant le choix de ne pas se marier : THE INSTITUTE OF LAW RESEARCH AND REFORM, *op. cit.*, note 47.

90. Voir, dans le même sens, N. BALA, « The Charter of Rights & Family Law in Canada: A New Era », *loc. cit.*, note 63, 387 : « in comparison to marriage, non-marital relationships tend to be shorter in duration, have fewer children and involve less economic integration ».

91. En ce sens, voir É. LAPIERRE-ADAMCYK et C. CHARVET, « L'union libre et le mariage : un bilan des travaux en démographie », *Cahiers québécois de démographie*, vol. 28, nos 1 et 2, 1999, p. 1. Selon Jean Dumas et Alain Bélanger, le type d'union libre le plus fréquent, tant pour les premières unions libres que pour les autres, est l'union « stable mais sans engagement » (plus de trois ans de vie commune et sans enfants), qui constitue plus d'une union libre sur trois, soit 36 p. 100. Ces auteurs notent par ailleurs que, par comparaison avec les couples mariés, avoir un enfant est considéré comme « très important » pour une fraction beaucoup plus faible de la population en union libre ; que près des deux tiers des personnes âgées de moins de 35 ans en union libre n'ont pas d'enfants,

résultats d'une recherche récente indiquant que des couples non mariés choisissent « de ne pas être assujettis aux obligations qui incombent à ceux qui ont choisi le statut de personne mariée⁹² ».

En faisant du libre choix la donnée « primordiale⁹³ » de l'analyse constitutionnelle et ce qui distingue fondamentalement le mariage de la conjugalité extramaritale, la Cour suprême prend en fait ses distances par rapport au point de vue exprimé par la juge McLachlin dans l'affaire *Miron*, et fréquemment repris par la doctrine, selon lequel l'union de fait ne procède souvent pas d'un choix libre mais plutôt de contraintes sociales, religieuses ou financières. Il faut se réjouir de cette évolution dans le raisonnement de la Cour suprême. Rappelons que dans l'affaire *Miron* la Cour suprême, sous la plume de la juge McLachlin, était étonnamment concise sur cette importante question, se contentant en réalité d'une affirmation non documentée selon laquelle l'état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne⁹⁴. Selon ce point de vue, la décision de se marier

alors qu'il y en a moins d'un tiers chez les personnes mariées ; que chez les 35 ans et plus la proportion des personnes sans enfants vivant en union libre est deux fois et demie plus grande que celle qui est observée chez les couples mariés du même groupe d'âge : J. DUMAS et A. BÉLANGER, « Les unions libres au Canada à la fin du XXe siècle », dans *Rapport sur l'état de la population du Canada 1996*, Ottawa, Statistique Canada, 1997, p. 125 et suiv.

92. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 40.

93. *Id.*, 43.

94. *Miron*, précité, note 1, 498-499 : « En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non. Cependant, en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre. Il n'est pas toujours possible d'obtenir la sanction de l'union par l'État par un mariage civil. La loi, l'hésitation à se marier de l'un des partenaires, les contraintes financières, religieuses ou sociales sont autant de facteurs qui empêchent habituellement des partenaires, qui par ailleurs fonctionnent comme une unité familiale, de se marier officiellement. Bref, l'état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne. » Cette affirmation a été reprise ensuite par de nombreux tribunaux partout au pays. À noter que dans l'affaire *Taylor c. Rossu*, précitée, note 58, 317, la Cour d'appel de l'Alberta reconnaît la pertinence de distinguer, sur le plan juridique, les couples qui ont décidé de ne pas se marier de ceux qui ne se sont pas mariés pour des raisons indépendantes de leur volonté : « If the legislature wishes to respect individuals' ability to choose intimate relationships other than traditional marriage while protecting the economically vulnerable in such relationships, support criteria could be revised to emphasize that support will be awarded only where the nature of the relationship was such that the parties could reasonably be said to have undertaken obligations to each other, or where one partner has been economically disadvantaged by the relationship. Couples who opted not to marry because they wanted to avoid the legal obligations of marriage are arguably in a different position than couples who were unable to marry because of philosophical, financial, legal or cultural difficulties. »

ou de vivre en union de fait serait, dans bien des cas, en quelque sorte imposée à un des conjoints. Une version plus diluée de cet argument, que la juge L'Heureux-Dubé reprend à son compte en l'adaptant dans l'affaire *Walsh*⁹⁵, consiste à dire que la plupart des conjoints ne sont pas conscients des conséquences juridiques (et donc financières) de leur choix matrimonial, que leur choix n'est donc pas éclairé et qu'il est par conséquent injuste d'exclure les couples non mariés des avantages du mariage.

Si certaines contraintes sont parfois présentes, si elles peuvent dans certains cas amener des individus à renoncer au mariage, la décision de ces individus reste un choix personnel et non une obligation à proprement parler. Dans un contexte pluraliste où l'emprise du groupe sur l'individu tend irrésistiblement à se relâcher, la difficulté de braver les conventions sociales ou religieuses, ou de s'adapter à une situation financière précaire, n'abroge nullement le libre arbitre ; elle ne fait que souligner l'importance de son exercice pour l'identité et l'épanouissement personnels de l'individu⁹⁶. Il en va de même du choix que fait une personne de poursuivre une relation conjugale avec un conjoint refusant de se marier⁹⁷.

Assimiler une décision complexe sur les plans privé et social à une absence de choix véritable reviendrait à banaliser l'autonomie personnelle des citoyens que la Cour suprême a rangée, dans l'affaire *Law*, parmi les valeurs sous-jacentes à l'article 15⁹⁸. Dans l'arrêt *Walsh*, la Cour récuse à bon droit un tel paternalisme lorsqu'elle déclare que « la décision de se marier ou de ne pas se marier est de nature très personnelle et fait interagir, chez chaque personne, un ensemble complexe de considérations sociales, politiques, religieuses et financières⁹⁹ ». À l'argument voulant qu'il arrive qu'un conjoint refuse de se marier ou de contracter une union civile malgré le souhait de l'autre conjoint, la majorité répond que la Constitution est

95. *Miron*, précité, note 3, paragr. 141-157.

96. Dans l'arrêt *Corbiere*, précité, note 68, paragr. 13, la majorité des juges de la Cour suprême paraissent en convenir lorsqu'ils classent la religion, motif énuméré, parmi les caractéristiques réputées immuables parce qu'elles résultent d'un choix fondamental de la personne.

97. Il peut certes arriver, même si les études existantes ne permettent pas de vérifier l'existence du phénomène, que la prédilection pour une conjugalité moins formelle et contraignante ne soit le fait que d'un des conjoints. Il est possible, toutefois, de se demander si le conjoint aspirant au mariage, après que cette avenue a été écartée faute de consentement mutuel, n'accepte pas d'adapter ses attentes eu égard à la forme et aux effets de l'union dès lors qu'il choisit de poursuivre une vie conjugale non maritale avec son conjoint.

98. *Law*, précité, note 58, paragr. 53.

99. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 43.

dans ces circonstances impuissante puisqu'il faut, en bout de ligne, respecter le choix des individus en la matière malgré l'injustice qui peut à l'occasion en résulter au moment de la rupture¹⁰⁰.

Dès lors, tout en concédant que, dans certains cas, la liberté de se marier ou non peut être illusoire pour un conjoint, le juge Bastarache insiste sur le fait que le mariage implique le consentement libre de chaque époux et que cela inclut l'acceptation non équivoque d'être soumis aux droits et obligations qui en découlent obligatoirement. Et il faut bien dire que plusieurs études tendent effectivement à démontrer qu'il y aurait souvent dans le choix de se marier ou non l'expression d'une intention articulée et bien précise¹⁰¹. Ce choix, selon la Cour suprême, doit être respecté, comme doit l'être la décision de ne pas se marier, « car elle relève également d'un choix conscient¹⁰² ».

Pour répondre aux situations d'inéquité qu'une telle approche peut créer à l'égard de certains conjoints de fait, les juges majoritaires soulignent le caractère approprié des mesures de droit commun, notamment le droit de la fiducie par interprétation (et l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause) ou le contrat. Cette affirmation mérite d'être mise en exergue, car jusqu'à présent la Cour suprême avait souligné à plusieurs reprises, que ce soit dans les affaires *Miron* ou *M. c. H.*, le caractère plutôt aléatoire et coûteux des recours de droit commun, considérant ceux-ci comme des mécanismes de protection de second ordre, ne faisant pas le

100. *Id.*, paragr. 57.

101. É. LAPIERRE-ADAMCYK, C. LE BOURDAIS et N. MARCIL-GRATTON, « Vivre en couple pour la première fois : la signification du choix de l'union libre au Québec et en Ontario », *Cahiers québécois de démographie*, vol 28, nos 1 et 2, 1999, p. 199, 211 ; A. BÉLANGER et P. TURCOTTE, « L'influence des caractéristiques socio-démographiques sur le début de la vie conjugale des Québécoises », *Cahiers québécois de démographie*, vol. 28, nos 1 et 2, 1999, p. 173, 179 ; É. LAPIERRE-ADAMCYK et C. CHARVET, *loc. cit.*, note 91, 5 ; L. PARADIS, *Le jeune couple non marié : choix de vie... ou cheminement à la carte ?*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1996, p. 105 ; H. DESROSIERS et C. LE BOURDAIS, « Les unions libres chez les femmes canadiennes : études des processus de formation et de dissolution », dans D. CORDELL et autres (dir.), *Population, reproduction, sociétés : perspectives et enjeux de démographie sociale*, Montréal, PUM, 1993, p. 197-214. Voir également J. DUMAS et A. BÉLANGER, *loc. cit.*, note 91. Ces auteurs proposent une classification des types d'union libre. Il y a : 1) l'union libre comme prélude au mariage ; 2) le mariage à l'essai ; 3) l'union instable ; 4) l'union stable mais sans engagement ; 5) le substitut au mariage ; et 6) la catégorie résiduelle. Une union sur trois serait, selon ces auteurs, de la catégorie 4 (union stable mais sans engagement), ce qui tend à démontrer une différence notoire entre ces unions et le mariage.

102. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 55.

poids par rapport aux mesures de protection automatiques liées au mariage¹⁰³. Ce changement d'approche de la Cour suprême est sans équivoque, comme cela ressort de l'opinion du juge Bastarache qui indique ceci : « la meilleure façon de remédier aux situations où une interdépendance économique s'est établie au fil du temps dans le couple est de recourir à une réparation comme la fiducie par interprétation, qui est adaptée à la situation et aux revendications particulières des parties¹⁰⁴ ». La Cour suprême rétablit ainsi la validité de l'argument qui consiste à dire que les conjoints de fait jouissent de la protection des mécanismes de droit commun et que, par conséquent, leur exclusion du bénéfice des effets patrimoniaux automatiques du mariage ne constitue pas une atteinte à leur dignité¹⁰⁵.

Est-ce à dire que, sur la question du choix des conjoints et des effets juridiques de ce choix, l'arrêt *Walsh* irait à l'encontre de l'arrêt *Miron* ? La réponse nous paraît clairement négative. Les deux décisions se complètent admirablement sur le fond, en opérant une distinction fondamentale, comme le fait d'ailleurs explicitement le juge Bastarache, dans le statut des conjoints de fait lorsqu'il s'agit, d'une part, de leurs rapports avec les tiers (notamment avec l'État) et, d'autre part, de leurs rapports mutuels¹⁰⁶. Rappelons que dans l'affaire *Miron* la Cour suprême a décidé que l'état matrimonial ne doit avoir aucune incidence sur l'accès à des prestations d'assurance. Accepter qu'un couple non marié puisse, par exemple, bénéficier au même titre que les gens mariés des avantages d'un régime de rente publique ou qu'il puisse subir les mêmes inconvénients sur le plan fiscal, c'est en réalité reconnaître que les choix privés des individus n'ont rien à voir avec leur statut dans la cité. Ouvrir en droit social et public le statut de conjoints à tous les couples, quelle que soit la forme juridique de leur union, constitue donc une authentique façon de reconnaître la diversité réelle de la conjugalité dans la société contemporaine.

Dans l'affaire *Walsh*, la Cour précise que le choix des personnes touchant à leurs relations privées doit être respecté. Elle reconnaît ainsi que la notion de dignité suppose que les conjoints de fait soient assimilés aux conjoints mariés en droit public et social mais que, lorsqu'il s'agit des

103. Voir plus particulièrement les paragraphes 637-638 et 673-674 de l'arrêt *M. c. H.*, précité, note 1.

104. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 61.

105. Comme nous l'avons souligné plus haut, les tribunaux sont de plus en plus enclins à accueillir favorablement les demandes de compensation pour enrichissement sans cause présentées par des conjoints de fait au moment de la séparation du couple.

106. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 53.

relations privées, leur différence doit être reconnue, en ce sens que les obligations du mariage ne devraient pas leur être imposées au nom du droit constitutionnel à l'égalité. Il ne sera donc pas possible de reprocher à une loi relative aux droits et obligations patrimoniaux des conjoints qui tend à refléter ces choix différenciés de ne pas tenir compte des caractéristiques et des situations des conjoints de fait.

Ce serait faire trop bon marché de l'autonomie personnelle des citoyens que de refuser d'y rattacher la moindre conséquence patrimoniale dès que se concrétise une situation d'interdépendance entre les conjoints de fait à la faveur d'une union conjugale stable et durable. En revanche, la prise en considération de la seule autonomie des conjoints de fait pourra amener à méconnaître d'autres facteurs essentiels à l'appréciation de la situation véritable de toutes les personnes qui peuvent être touchées par la loi. Or parmi ces personnes, se trouveront, dans plusieurs cas, les enfants, qui sont les grands oubliés de l'affaire *Walsh*.

En effet, lorsqu'une union de fait est caractérisée par la présence d'un ou de plusieurs enfants, la gamme des choix fondamentaux des conjoints ne se limite plus à celui de se marier ou non et la gamme des intérêts en cause s'élargit pour englober ceux des enfants. Quand les conjoints de fait décident d'avoir un enfant, les besoins, capacités et situations doivent s'apprécier à l'aune de l'importance fondamentale des besoins parentaux indissolublement liés à ceux des enfants.

La majorité dans l'affaire *Walsh* fait brièvement état des prétentions de l'intimée *Walsh* relatives à la nécessaire prise en considération des intérêts des enfants qui sont souvent liés à ceux du parent le plus vulnérable au moment de la rupture et qui est très souvent la mère¹⁰⁷. Notons ici que presque toutes les décisions judiciaires qui se fondent sur l'argument de la similitude fonctionnelle entre conjoints de fait et conjoints mariés concernent des dossiers impliquant des couples avec enfants¹⁰⁸. Dans son étude sur l'impact de la Charte en droit de la famille, N. Bala fait aussi ce constat : « It is not a coincidence that those bringing Charter challenges have been women in long-term relationships, with a high degree of economic interdependence, usually with children. These relationships are functionally identical to marriage¹⁰⁹. »

107. *Id.*, paragr. 56.

108. Voir par exemple : *Taylor c. Rossu*, précité, note 58 ; *Walsh c. Bona*, précité, note 60 ; *C.L.W. c. G.C.W.*, (2000) 182 Sask. R. 237 (Sak. Q.B.) ; *Miron*, précité, note 1.

109. N. BALA, « The Charter of Rights & Family Law in Canada : A New Era », *loc. cit.*, note 63, 387.

En faisant néanmoins prévaloir de manière univoque et générale l'impératif du libre choix des deux conjoints, la Cour suprême se montre, à tort selon nous, insensible à la situation des enfants¹¹⁰.

L'autonomie de la volonté et la liberté individuelle sur le chapitre du partage des biens familiaux se comprennent fort bien tant que seuls les intérêts des conjoints sont en jeu. Par contre, ce raisonnement devient inopérant lorsque la situation est examinée du point de vue des enfants. Nous ne saurions ici avancer que la législation reflète de façon appropriée la situation des conjoints de fait en respectant leurs attentes et leur choix de ne pas se marier puisque le contexte pertinent aux fins de l'article 15 de la Charte ne peut faire abstraction des situations parentales indissociables des besoins et des intérêts des enfants qui, eux, n'ont certes pas choisi la forme de l'union conjugale de leurs parents. Comment pourrait-il y avoir alors une correspondance entre le motif de distinction qu'est l'union de fait et la situation des personnes touchées par cette distinction ?

Il est indéniable que, en dépit du principe d'égalité des enfants consacré expressément par le Code civil¹¹¹, le statut conjugal des parents a un impact important sur leur situation matérielle. C'est directement le cas en ce qui concerne la protection de la résidence familiale. Cependant, cela est vrai également en ce qui a trait à l'obligation alimentaire ou aux mécanismes de partage des biens. Personne ne contestera que la situation matérielle de l'enfant dépend directement du niveau de vie de son parent gardien. Par conséquent, l'existence de mécanismes de protection financière des conjoints a une incidence immédiate sur les enfants.

Les besoins des enfants, de même que les charges parentales inhérentes à ces besoins, pendant ou après la vie commune des parents, ne varient pas en fonction de la forme de l'union conjugale des parents. C'est dans cette optique précise que l'argument de la similitude fonctionnelle semble tenir. À notre avis, le refus de rattacher tout effet patrimonial à l'union conjugale non maritale, même lorsque cette union comporte la présence d'un ou de plusieurs enfants, repose sur une conception erronée ou incomplète des besoins, des capacités et de la situation véritable des parents et des enfants dont le sort ne peut être dissocié tant pendant qu'après la relation conjugale. Les recherches réalisées à ce jour permettent d'affirmer que, dans le cas de couples avec enfants, faire fi de toute inégalité patrimoniale des conjoints de fait après la séparation serait de nature à pénaliser les choix parentaux faits en fonction du bien de l'enfant pendant la vie

110. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 57.

111. C.c.Q., précité, note 20, art. 522.

conjugale et à hypothéquer la capacité parentale de faire de tels choix au-delà de la vie commune des parents.

Cela aurait dû amener la majorité de la Cour suprême à relativiser, dans l'affaire *Walsh*, son attachement à l'autonomie des parents en reconnaissant que, en présence d'enfants, la législation niant tout effet patrimonial obligatoire à l'union de fait ne correspond pas réellement aux besoins et à la situation véritables des conjoints de fait et de leurs enfants. Une telle loi ne tient pas compte de manière appropriée de la situation des personnes exclues dans la mesure où les conjoints avec enfants sont traités différemment selon qu'ils sont mariés ou en union de fait, alors même qu'ils doivent, au sortir de la vie conjugale, composer avec le même facteur de vulnérabilité et les mêmes responsabilités liés à l'intérêt et aux besoins des enfants.

Le plus haut tribunal du pays aurait dû envisager qu'un tel décalage entre la loi ainsi que les besoins et les capacités des parents non mariés et de leurs enfants serait de nature à mettre à mal la dignité de ces personnes touchées en ce que la loi peut raisonnablement être perçue par elles comme méconnaissant leurs véritables besoins, leur mérite et la contribution réelle qu'elles apportent à leur famille et à la société par leur engagement parental.

En revanche, dans le cas de conjoints de fait sans enfants, le respect de leur libre choix prôné par la Cour suprême doit rester le principe de base au nom de la liberté essentielle des individus de prendre des décisions personnelles fondamentales, y compris celles qui sont susceptibles de produire des effets patrimoniaux substantiels.

2.1.3.3 Le troisième facteur contextuel : l'objet ou l'effet d'amélioration de la situation de personnes défavorisées ou vulnérables

La Cour suprême est d'avis que l'article 15 de la Charte, ayant pour substrat le respect de la dignité humaine, veut permettre autant d'améliorer la situation des personnes désavantagées que d'empêcher la discrimination à leur égard. Par conséquent, une mesure ciblée ayant pour objet ou effet d'améliorer le sort de personnes désavantagées favorise l'atteinte de l'objectif de l'article 15 puisqu'elle est susceptible de renforcer la dignité humaine de ces personnes¹¹². Une personne exclue d'une telle mesure ne

112. *Law*, précité, note 58, paragr. 72. Il n'en va toutefois pas de même des lois et des politiques destinées à offrir un avantage à la population en général. Comme une telle loi ou politique n'a pas pour objet de redresser un désavantage propre à un type ou à un groupe particulier de personnes, elle n'a pas pour finalité ni pour effet singulier de favoriser la dignité de ces personnes en tenant compte de leur situation propre. Voir : *Lovelace*, précité, note 73, paragr. 84-85.

pourra donc se plaindre du caractère discriminatoire de cette exclusion que si elle parvient à démontrer que le respect de sa dignité exige qu'elle compte aussi parmi les bénéficiaires de la mesure, ce qui ne signifie nullement, toutefois, qu'elle doive établir qu'elle est plus vulnérable ou désavantagée que les bénéficiaires de la mesure gouvernementale¹¹³.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour suprême que ce troisième facteur agira le plus souvent en interaction complémentaire par rapport au deuxième facteur qu'est la correspondance avec la situation réelle des demandeurs¹¹⁴. Ainsi, l'objet ou l'effet améliorateur d'une loi ou d'une politique gouvernementale sera un élément contextuel additionnel jouant en faveur de cette loi ou de cette politique dès lors que la différence de traitement qu'elle établit concorde avec la situation réelle des personnes qu'elle touche. Dans chacune des affaires où le plus haut tribunal a jugé non discriminatoire une loi en vue d'améliorer la situation de personnes désavantagées ou vulnérables, il y avait eu constat d'une juste adéquation entre la situation véritable des personnes touchées et la différence de traitement dont elles étaient l'objet¹¹⁵.

L'exemple sans doute le plus probant est tiré de l'affaire *Lovelace c. Ontario* où la Cour suprême statue que des autochtones non organisés en bande, bien qu'ils soient eux-mêmes notoirement désavantagés et vulnérables, ne peuvent se plaindre de discrimination puisque le programme gouvernemental de développement axé sur les activités de casino (le Fonds des Premières Nations) dont ils sont exclus est bien adapté aux caractéristiques propres aux bandes tenant à leur rapport singulier au territoire, au gouvernement et au jeu. La Cour suprême conclut donc ceci : « Le Fonds des Premières nations a donc un objet compatible avec le par. 15 (1) de la Charte, et l'exclusion des parties appelantes ne compromet pas la réalisation de cet objet puisqu'elle n'est pas liée à une conception erronée de leurs besoins, capacités et situations véritables¹¹⁶. »

113. *Granovsky c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 703, paragr. 67 ; *Lovelace*, précité, note 73, paragr. 85.

114. Pour une analyse critique du lien établi par la Cour entre ces facteurs contextuels, voir D. PROULX, *loc. cit.*, note 64, 247-248.

115. *Law*, précité, note 58, paragr. 102-107 ; *Granovsky*, précité, note 113, paragr. 61-67 ; *Lovelace*, précité, note 73, paragr. 74-83.

116. *Lovelace*, précité, note 73, paragr. 87. Pour une étude plus approfondie de l'arrêt *Lovelace*, voir : L. STERLING, « The Impact of *Lovelace v. Ontario* on Section 15 of the Charter », (2001) 14 *S.C.L.R.* 53.

En revanche, le fait qu'une mesure a un objet ou un effet d'amélioration ne l'empêchera pas de porter atteinte à la dignité d'une personne privée de l'avantage procuré par cette mesure, alors que sa situation, ses besoins et sa capacité exigent qu'elle en bénéficie. Ce sera le cas d'une mesure amélioratrice qui exclut des personnes désavantagées ou vulnérables en fonction d'un motif énuméré ou analogue, alors que ce motif ne correspond nullement à une différence dans la situation réelle, les besoins et la capacité des personnes touchées. En d'autres termes, une mesure de redressement en faveur de personnes désavantagées ou vulnérables pourra néanmoins être jugée discriminatoire si sa portée est mal adaptée au remède qu'elle entend proposer de sorte qu'elle se trouve à exclure des personnes qu'elle devrait viser.

Notons toutefois que, en présence d'une initiative gouvernementale discrétionnaire de promotion sociale ou économique d'un groupe désavantagé financée à même le trésor public, les tribunaux, soucieux d'éviter toute immixtion indue dans les choix budgétaires des élus, pourront être enclins à faire preuve de souplesse dans l'application du critère de la correspondance à la situation réelle des personnes¹¹⁷. Cette souplesse sera d'autant plus indiquée si les personnes exclues d'une mesure amélioratrice sont dans une situation relativement avantagée¹¹⁸.

Il est certes possible de faire valoir que la législation relative au partage obligatoire des biens patrimoniaux lors de la rupture du mariage comporte un objet réparateur puisque son adoption a été motivée par un désir d'assurer une plus grande égalité économique des conjoints ayant fait le choix de se marier. Dans l'affaire *Walsh*, la Cour suprême reconnaît que le régime matrimonial établi par la MPA a un « objectif de réparation des injustices¹¹⁹ » pouvant découler de l'absence de reconnaissance juridique de la contribution faite par les femmes à la survie économique et la survie de la famille. Il est sûr que cet *effet* améliorateur s'étend à la protection des enfants et du conjoint ayant assumé et assumant la plus grande part des responsabilités nécessaires au bien-être des enfants.

Les juges majoritaires s'abstiennent toutefois d'invoquer cet objectif réparateur au soutien de la constitutionnalité de la MPA. Bien que le juge Bastarache n'explique nullement cette abstention, celle-ci tient proba-

117. D. PROULX, *loc. cit.*, note 64, 249 et 253. C'est ainsi que dans un tel contexte, avance l'auteur, le facteur de l'objet ou de l'effet améliorateur de la loi pourrait bien s'avérer « largement disculpatoire » en faveur des gouvernements.

118. *Law*, précité, note 58, paragr. 105-106 ; *Lovelace*, précité, note 73, paragr. 83.

119. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 47.

blement au fait que, dans son esprit, les conjoints mariés seuls bénéficiaires de la loi ne pouvaient pas être considérés comme un groupe ayant subi dans le passé un désavantage quelconque sur les plans social et juridique¹²⁰.

Par ailleurs, dès que les enfants sont comptés parmi les bénéficiaires de l'effet améliorateur d'une loi comme la MPA, il devient évident que cet effet ne peut jouer en faveur de la législation dans la mesure où elle méconnaît complètement la situation des conjoints de fait avec enfants. La vulnérabilité des enfants lors de la séparation des parents paraît incontestable. Si le souci de respecter le libre choix des conjoints quant à la forme de leur union conjugale peut justifier d'exclure les personnes sans enfants ayant opté pour l'union de fait, l'objet ou l'effet améliorateur de la loi, à savoir la protection des intérêts inhérents à la présence d'enfants n'ayant pas fait ce choix, n'est nullement servi par l'exclusion des conjoints de fait avec enfants. Il est au contraire compromis puisque l'objet ou l'effet de protection de ces intérêts est tout aussi impérieux dans le cas des unions de fait. La protection des enfants et des intérêts parentaux qui s'y rapportent directement ne peut être rationnellement refusée en fonction d'un critère, c'est-à-dire le choix de l'union de fait, qui n'est pas opposable aux enfants.

Parce que la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Walsh* a fait l'impasse sur le sort des enfants¹²¹, elle n'a pas vu qu'il s'agit d'un cas où le caractère limitatif d'une mesure ayant un objet ou un effet améliorateur est de nature à porter atteinte à la dignité de personnes privées du bénéfice de cette mesure en l'occurrence, les parents non mariés avec enfants et, par ricochet, les enfants. Il ne faudrait pas tenter d'éviter cette conclusion en faisant valoir que le législateur doit jouir d'une ample marge de manœuvre dans le calibrage de ses programmes sociaux en fonction de ses priorités budgétaires. La législation en cause ici ne mobilise nullement les ressources financières de l'État ; elle ne fait qu'aménager la répartition des biens des particuliers dans la sphère privée.

2.1.3.4 Le quatrième facteur : la nature de l'intérêt touché

Plus une différence de traitement influe sur un intérêt étroitement lié à la dignité de la personne, plus cette différence sera susceptible d'être discriminatoire¹²². C'est ainsi que, dans l'affaire *Corbiere*, la Cour suprême a

120. Ce raisonnement ressort plus clairement des motifs de la juge L'Heureux-Dubé : *Walsh*, précité, note 3, paragr. 100.

121. La juge L'Heureux-Dubé mentionne la présence des enfants, mais elle ne fait pas porter son analyse sur leur situation de manière particulière, voir notamment *Walsh*, précité, note 3, paragr. 125-129.

122. *Gosselin*, précité, note 71, paragr. 251 (j. Bastarache).

estimé que priver les membres hors réserve des bandes indiennes du droit de vote lors des élections du conseil de bande revenait à leur nier un droit démocratique essentiel à la préservation et à la valorisation de leur identité autochtone¹²³. Dans l'affaire *Lavoie c. Canada*, des restrictions à l'emploi des non-citoyens dans la fonction publique fédérale ont été jugées contraires à l'article 15, notamment parce qu'« une loi qui a pour effet de limiter la gamme des options d'emploi des non-citoyens risque toujours de toucher la subsistance, l'estime de soi et la dignité humaine de la personne¹²⁴ ».

En raison de l'importance déterminante qu'elle attribue à la liberté de choix des conjoints, la Cour suprême tient pour acquis, dans l'affaire *Walsh*, que le respect de cette liberté l'emporte d'emblée sur l'intérêt du conjoint de fait vulnérable à jouir, au moment de la rupture de l'union, des bénéfices découlant de la protection patrimoniale accordée aux conjoints mariés. La majorité estime que le traitement différencié des conjoints de fait, en respectant les conséquences de leur autodétermination, contribue à sauvegarder une valeur tout à fait fondamentale sous-jacente à la Charte :

Enfin, il importe de souligner que le caractère discriminatoire de la distinction créée par la loi doit s'apprécier au regard des valeurs consacrées par la Charte. L'une de ces valeurs fondamentales est la liberté, définie essentiellement comme l'absence de coercition et la faculté de chacun de faire des choix fondamentaux concernant sa vie [...] L'imposition par la Cour de restrictions limitant cette liberté de choix chez les personnes vivant en union conjugale irait à l'encontre de notre conception de la liberté¹²⁵.

Encore une fois, parce qu'elle fait abstraction de l'impact économique préjudiciable d'une séparation sur le bien-être des enfants, la Cour suprême omet de tenir compte du fait que la législation refusant aux conjoints de fait avec enfants les avantages patrimoniaux offerts aux parents mariés hypothéquera souvent la capacité du parent gardien de disposer des ressources nécessaires au bien-être et au développement des enfants. C'est la qualité du rôle parental lui-même qui sera potentiellement entamée.

Or le plus haut tribunal reconnaît dans sa jurisprudence la valeur intrinsèque des intérêts propres à la relation parent-enfant lorsqu'il affirme que « le droit des parents d'élever l'enfant et d'en prendre soin est [...] un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société¹²⁶ » et que

123. *Corbiere*, précité, note 68, paragr. 19.

124. *Lavoie*, précité, note 68, paragr. 45 (j. Bastarache).

125. *Walsh*, précité, note 3, paragr. 63.

126. *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, paragr. 61.

« la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle ¹²⁷ ». Cette reconnaissance tend, selon nous, à mettre en relief l'importance pour la dignité des intérêts parentaux qui sont touchés par la législation relative aux effets patrimoniaux du mariage et de l'union civile.

Ce dernier facteur contextuel vient donc conforter notre opinion voulant que la législation relative au statut patrimonial des conjoints qui ne tient pas compte de l'intérêt des enfants porte atteinte à la dignité des parents et des enfants qu'elle exclut du bénéfice des effets patrimoniaux attribués au mariage et à l'union civile. Soulignons ici que le fait que la loi n'est pas discriminatoire à l'égard des conjoints de fait sans enfants ne l'empêche pas d'être néanmoins contraire à l'article 15 du point de vue des conjoints avec enfants. Pour qu'il y ait discrimination illicite, il n'est pas nécessaire que tous les membres d'un groupe visé par une différence de traitement soient touchés de la même manière. Il n'est pas requis, en d'autres termes, que tous les conjoints de fait puissent se plaindre d'une atteinte à leur dignité. Ce qui importe en effet, ce n'est pas que tous les membres du groupe visé subissent un effet préjudiciable, mais que cet effet ne peut frapper que des personnes appartenant à ce groupe¹²⁸.

En définitive, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Walsh* ne parvient pas à établir un juste équilibre entre la valorisation de l'autonomie des individus et la protection de personnes vulnérables, les enfants, qui doivent subir les conséquences de choix qui ne leur sont pas imputables. C'est pour cette raison que le débat social sur l'opportunité de soumettre les relations entre conjoints de fait à des règles obligatoires doit se poursuivre au Québec dans la foulée de cet important jugement.

2.2 L'enjeu social : les enfants au cœur d'un nécessaire débat québécois

Le débat que nous appelons de nos vœux ne gagnera rien à se polariser sur l'opposition entre, d'une part, le respect de l'autonomie et, d'autre part, la protection du conjoint économiquement défavorisé. À cet égard, la position des juges majoritaires dans l'affaire *Walsh* peut paraître surprenante. Certes, sur le chapitre du droit patrimonial, cet arrêt vient consolider la position du droit québécois, en consacrant la légitimité de l'approche qui respecte la liberté des personnes d'organiser leurs relations privées comme elles l'entendent.

127. *Ibid.*

128. *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, 1247 ; *Janzen c. Platy Entreprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, 1288-1289 ; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 769-770.

C'est clairement le souci du législateur québécois de respecter la volonté des conjoints de fait qui explique son abstention lorsqu'il est question d'étendre à ceux-ci les effets patrimoniaux obligatoires du mariage et de l'union civile. Ainsi, depuis plus de vingt ans, le législateur a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises son attachement au principe du respect de l'autonomie de la volonté en matière de conjugalité. Tout en étant précurseur dans la reconnaissance des conjoints de fait en droit public et social, le droit québécois réitère avec la régularité d'une horloge l'importance de respecter la liberté des personnes lorsqu'il s'agit de l'organisation de leurs rapports domestiques.

Le fait que le Québec est la seule province à ne pas imposer d'obligation alimentaire entre conjoints de fait est très révélatrice de cette approche. À chacune des grandes réformes en droit de la famille des 25 dernières années, la question du statut de l'union libre a pourtant fait l'objet d'une réflexion et d'un débat publics. Que ce soit en 1980 (adoption du livre II du *Code civil du Québec* de 1980), en 1989 (création du patrimoine familial), en 1991 (adoption du nouveau *Code civil du Québec*) ou en 2002 (création de l'union civile), la question de l'opportunité d'étendre ou non aux conjoints de fait certains aspects du cadre juridique du mariage a été posée et débattue, parfois longuement et en profondeur¹²⁹. À l'occasion de ces réformes, plusieurs propositions ont été formulées en vue de mettre en place un statut juridique des conjoints de fait en droit privé, mais la plupart des intervenants de la scène québécoise ont préconisé la solution de l'abstention législative¹³⁰.

129. Il s'agissait d'un enjeu de taille au moment de la réforme de 1980.

130. Lors de la réforme de 1980, si certains se sont montrés en faveur d'une certaine réglementation des unions de fait (mentionnons l'Association des femmes diplômées des universités, le Barreau du Québec, la Commission des services juridiques, la Ligue des droits et libertés, les Organismes familiaux associés du Québec et le Regroupement national des lesbiennes et des gais du Québec), la Chambre des notaires, quant à elle, avait souscrit aux articles 336 à 349 du *Projet de Code civil*, dont l'article 338 prévoyait une obligation alimentaire limitée entre conjoints de fait. Voir : CHAMBRE DES NOTAIRES, *Mémoire à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, p. 9 ; dans ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Commission permanente de la justice, Réforme du droit de la famille : mémoires et documents*, t. 1, Québec, 1979, peu se sont montrés favorables à une intervention large du législateur dans la vie privée des conjoints de fait et d'importants organismes ont exprimé leur attachement au respect de l'autonomie et de la liberté des conjoints (par exemple : la Confédération des syndicats nationaux, le Comité national de la condition féminine du Parti québécois, le Conseil du statut de la femme et la Fédération des femmes du Québec) en s'opposant à toute idée d'intervention législative. Il est remarquable que, à l'occasion des débats sur l'instauration des règles en matière de partage du patrimoine familial, en 1989, le Conseil du statut

Malgré la progression constante de l'union libre, comme l'indiquent clairement les statistiques démographiques pour chacune de ces époques, le législateur a constamment préféré l'abstention, au nom de la liberté individuelle¹³¹. La récente réforme du Code civil créant l'institution de l'union civile nous paraît aller dans le même sens. 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. La nouveauté de l'union civile réside, bien entendu, dans la reconnaissance, par le droit, de l'union conjugale homosexuelle. Cependant, au-delà de cette ouverture, l'innovation se trouve également dans le fait que le droit reconnaît ainsi une forme de conjugalité qui n'est pas le mariage, mais qui, comme le mariage, doit être volontaire. L'union civile et le mariage doivent être voulus par les conjoints qui s'engagent dans ces institutions auxquelles la loi rattache d'importants effets obligatoires. En choisissant l'union civile, le couple se soumet, comme dans un mariage, à un ensemble de droits et d'obligations préétablis.

de la femme réitère clairement ce point de vue en avançant « qu'il faut bien prendre garde d'imposer des règles ou des obligations à ceux qui ont choisi volontairement de se soustraire au mariage » *Mémoire du Conseil du statut de la femme présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints*, Québec, Secrétariat du Conseil et Direction de la recherche, 1988, p. 40. À l'occasion des travaux sur le nouveau *Code civil du Québec* de 1991, la position du ministre de la Justice de l'époque est sans équivoque et traduit bien le sentiment général en la matière : « Pour ma part, ce que je trouve important, c'est de respecter leur 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 » (ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, Première session, 34^e Législature, n^o 22, Québec, 1991, p. SCI-859). Même son de cloche en 1999 à l'occasion de l'adoption du projet de loi 32 – *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait* (1999, c. 14), alors que le ministre, faisant référence précisément à la position du législateur en 1980 et en 1989, réitère que le gouvernement n'entend pas « bouleverser l'institution du mariage et [...] y assimiler les unions de fait ou [...] donner le statut d'époux aux conjoints de fait ». Voir : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Deuxième session, 35^e Législature, Québec, le jeudi 18 juin 1998, p. 6, [En ligne], [<http://www.assnat.qc.ca/fra/publications/debats/ch.htm>] (12 septembre 2002).

131. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 17 ; N. BALA et M. CANO, « Unmarried Cohabitation in Canada : Common Law and Civilian Approaches to Living together », (1989) 4 *C.F.L.Q.* 147 ; B. ASHBY, « Mariage et concubinage, deux côtés d'une même médaille », dans CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 6, p. 1 ; J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 10 ; É. DELEURY et M. CANO, *loc. cit.*, note 31 ; M. GIROUX et A. LAURENT, *loc. cit.*, note 13.

En créant une nouvelle forme juridique de conjugalité, le législateur réaffirme (et cela ressort également des travaux de la commission parlementaire sur la question) que les conjoints québécois, quelle que soit leur orientation sexuelle, ont le choix d'adhérer ou non à un cadre normatif contraignant. À la lumière des débats publics des vingt dernières années que nous venons de mentionner et de l'évolution du portrait sociologique de la conjugalité au Québec pendant cette période, il est sans doute permis d'affirmer que l'objectif traditionnel du droit patrimonial de la famille (c'est-à-dire réguler la conjugalité dans son ensemble) a changé et qu'il consiste désormais à fournir un cadre protectionnel aux couples qui en font le choix. Il faut dès lors prendre acte de cette réalité sociologique qu'est l'expression continue de l'attachement collectif au principe du libre choix en matière de relations conjugales.

Toutefois, cette orientation ne reconnaît peut-être pas l'ampleur du dénuement dans lequel une séparation peut jeter les enfants et leur parent gardien. Dans la mesure où les mères continuent à assumer la garde exclusive des enfants dans près de 80 p. 100 des ruptures conjugales et qu'un grand nombre d'entre elles se retrouvent en situation de précarité financière¹³², la possibilité qu'elles ont ou non d'améliorer leur sort grâce aux règles du droit patrimonial de la famille axées sur la protection, a un impact considérable sur la situation des enfants. Le phénomène de la pauvreté des enfants vivant dans des familles monoparentales est bien connu, au point que la Cour suprême prenait d'ailleurs connaissance judiciaire de cette réalité dans l'arrêt *Willick c. Willick*¹³³. Rappelons, en passant, que l'objectif initial des lois des provinces anglophones qui prévoient une obligation alimentaire entre conjoints de fait était en réalité de venir en aide aux mères qui avaient (comme c'est généralement le cas) la garde des enfants, prenant acte de ce que la maternité représente un facteur d'appauvrissement¹³⁴.

132. Ce phénomène a été amplement constaté dans l'affaire *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

133. *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, 673.

134. G. BOYER et autres, *Extrême pauvreté, maternité et santé*, Montréal, Éditions Saint-Martin, 1992; CONSEIL NATIONAL DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, *La femme et la pauvreté, 10 ans plus tard*, Ottawa, 1990; L. DAVIES et autres, *Politique sociale, disparité entre les sexes et pauvreté*, Ottawa, Condition féminine Canada, 2001; M. DUMAIS, *Femmes et pauvreté*, Montréal, Médiaspaul, 1998; C. LOCHLEAD et K. SCOTT, *La dynamique de la pauvreté chez les femmes canadiennes*, Condition féminine Canada, 2000; SECRÉTARIAT À LA CONDITION FÉMININE, *Factuelle*, vol. 2, n° 1, Québec, Ministère du Conseil exécutif, Direction des communications, 1995; STATISTIQUE CANADA, *Projet des groupes cibles, Les femmes et les hommes au Canada: un aperçu statistique*, Ottawa, 2000.

Le Conseil national du bien-être social du Canada, dans son rapport sur les femmes et la pauvreté, mettait en évidence le lien étroit entre la maternité et la pauvreté chez les femmes¹³⁵. Les familles monoparentales, qui sont dirigées à 82 p. 100 par des femmes au Québec¹³⁶, constituent ainsi l'un des groupes les plus vulnérables¹³⁷. Au Canada, le taux de pauvreté des mères âgées de moins de 65 ans, responsables d'une famille monoparentale et ayant à leur charge des enfants de moins de 18 ans, atteignait 61,4 p. 100 en 1996¹³⁸. Chez les mères seules âgées de 25 à 34 ans et ayant des enfants de moins de 18 ans, ce taux était de 69 p. 100 en 1987, selon le Conseil national du bien-être social¹³⁹. Il augmentait à 81 p. 100 chez les femmes de 16 à 24 ans dans les mêmes conditions¹⁴⁰. Le lien entre la maternité

-
135. « Le résultat le plus troublant du présent rapport est sans contredit celui qui révèle l'existence d'un lien très étroit entre la maternité et la pauvreté. Trop souvent, une grossesse en bas âge équivaut à un niveau de scolarité réduit et au phénomène éventuel de parent seul. La présence d'enfants accroît le risque de pauvreté des familles à deux conjoints, surtout parce qu'elle rend plus difficile la participation des épouses au marché du travail. Il n'est pas nécessaire de s'étendre longuement sur le problème de pauvreté auquel font face les femmes qui sont mères seules » : CONSEIL NATIONAL DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, *op. cit.*, note 134, p. 151 et 152. Voir aussi les propos suivants de la juge l'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, précité, note 126, paragr. 113 : « Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 853, « Au Canada, la féminisation de la pauvreté est un phénomène social bien établi. » La tendance des relations vécues dans le cadre des liens du mariage veut que les femmes assument, de façon disproportionnée, le soin des enfants, qu'elles renoncent à des possibilités d'avancement, sur le plan financier, dans le marché du travail et qu'elles souffrent de dénuement économique, par voie de conséquence : *Moge*, précité, à la p. 861. Les questions qui concernent les parents pauvres touchent nécessairement les femmes de façon disproportionnée, de sorte qu'elles soulèvent des soucis d'égalité et la nécessité d'examiner leur point de vue. » Voir également GOUVERNEMENT DU CANADA, *CONDITION FÉMININE, L'autonomie et la sécurité économiques des femmes : un cadre stratégique fédéral, provincial et territorial*, Ottawa, 2001.
136. M. ALMEY, *La situation au sein de la famille*, Ottawa, STATISTIQUE CANADA, Projet des groupes cibles, 2000 ; M. DUMAIS, *op. cit.*, note 134 ; et CONSEIL NATIONAL DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, *op. cit.*, note 134.
137. « [L]es familles monoparentales forment l'un des groupes sociaux les plus vulnérables sur le plan économique et ce phénomène est important [...] [L]es femmes responsables de familles monoparentales ne font pas que vivre dans la pauvreté ; elles seraient les plus pauvres parmi les pauvres » : M. DUMAIS, *op. cit.*, note 134. Voir aussi : CONSEIL NATIONAL DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, *op. cit.*, note 134.
138. L. DAVIES et autres, *op. cit.*, note 134.
139. CONSEIL NATIONAL DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, *op. cit.*, note 134.
140. *Ibid.*

et la pauvreté chez les femmes seules est donc évident¹⁴¹. Une étude récente fait un constat intéressant en établissant que, de toutes les femmes qui étaient chefs d'une famille monoparentale non pauvre en 1993, 12, 3 p. 100 (1 sur 8) étaient devenues pauvres en 1994 et qu'à l'inverse, de toutes les femmes faisant partie de couples non pauvres sans enfants, seulement 5,9 p. 100 (1 sur 17) étaient devenues pauvres en 1994¹⁴².

La position tranchée que la Cour suprême adopte dans l'affaire *Walsh* sur la question de la liberté en matière de partage des biens familiaux doit, à notre avis, être vue dans le contexte du droit de la Nouvelle-Écosse qui, contrairement au droit québécois, prévoit une protection du conjoint en situation de précarité, par l'entremise de l'obligation alimentaire. Cela explique peut-être en partie le fait que la Cour suprême soit étonnamment muette tant sur la question de la protection des femmes chefs d'une famille monoparentale après la cessation de la vie commune que sur la problématique de la prévention de la pauvreté en cas de rupture conjugale¹⁴³. Ce mutisme étonne tout de même puisque, depuis une dizaine d'années, la haute juridiction n'a guère manqué une occasion de souligner l'importance de tenir compte du phénomène de paupérisation postdivorce et d'avancer dès lors une interprétation très généreuse des lois en matière d'enrichissement sans cause ou d'obligation alimentaire¹⁴⁴. Certes, comme nous l'avons indiqué plus haut, dans l'arrêt *Walsh* la Cour présente les recours de droit commun comme des outils efficaces de protection. Cependant, là encore, cette affirmation doit sans doute être vue dans un contexte législatif prévoyant l'obligation alimentaire entre conjoints de fait. Or le raisonnement de la Cour suprême sur le nécessaire respect du choix des conjoints sur le chapitre du partage automatique (et donc indépendant de l'existence de besoins) des biens familiaux ne tient pas en matière alimentaire, car l'obligation alimentaire n'est mise en œuvre que dans les cas où un conjoint peut faire état d'une situation de besoin.

141. Au cours des deux dernières décennies, l'éclatement des familles traditionnelles a fait place de plus en plus à un autre modèle, celui à parent unique. Lors du dernier recensement, ce type de famille représentait 22 p. 100 de l'ensemble des familles québécoises et 82 p. 100 d'entre elles étaient dirigées par une femme, puisqu'après une rupture d'union c'est majoritairement à elles que le tribunal confie la garde des enfants. Celles qui étaient dépendantes économiquement de leur conjoint se retrouvent alors démunies sur le plan financier. L'étude de FINNIE, *The Economics of Divorce*, Québec, Département d'économie, Université Laval, 1991, estimait qu'au Canada, un an après la séparation, le taux de pauvreté était de 59 p. 100 chez les mères seules, alors que pour leur ex-conjoint il était soit de 3 p. 100 ou de 18 p. 100 selon qu'ils étaient remariés ou non.

142. C. LOCHLEAD et K. SCOTT, *op. cit.*, note 134.

143. Notons ici la dissidence de la juge L'Heureux-Dubé.

144. Voir en particulier les arrêts *Moge c. Moge*, précité, note 132, *Willick c. Willick*, précité, note 133, et *L.G. c. G.B.*, [1995] 3 R.C.S. 367.

Il ne saurait donc être question de reprocher à l'obligation alimentaire d'être une mesure qui s'appliquerait aveuglément à tous les cas puisqu'elle est une mesure de protection ciblée sur les cas de réels besoins et qui ne peut être suppléée par aucun autre recours de droit commun (contrairement au partage des biens). L'omission du droit québécois de reconnaître une obligation alimentaire hors mariage ou union civile apparaît dès lors plus fragile que jamais, particulièrement dans un contexte d'augmentation significative des unions de fait. Il faut tenir compte de ce contexte dans une réflexion à propos de l'équilibre entre les principes du respect de la liberté des conjoints, d'une part, et de la protection de la famille, d'autre part. Une façon de se rapprocher d'un tel équilibre pourrait être de suivre l'exemple des autres provinces en introduisant le principe de l'obligation alimentaire entre conjoints de fait. Cette solution est intéressante, mais elle ne suffit pas pour répondre de façon appropriée aux problèmes soulevés. C'est pourquoi le temps est peut-être venu de repenser radicalement l'approche du droit patrimonial de la famille en acceptant que, dès lors que les conjoints ont des enfants, ils devraient être soumis à un cadre juridique contraignant en vue d'assurer une distribution équitable des ressources et des biens entre les différents membres de la famille. À cet égard, l'argument des « similitudes fonctionnelles » devient cette fois incontournable, tant il est vrai que la charge d'enfants a sur la situation matérielle des conjoints un impact similaire quel que soit leur statut matrimonial.

La mise en œuvre des effets automatiques en droit patrimonial de la famille dépendrait de l'autonomie de la volonté (comme c'est le cas aujourd'hui), mais elle échapperait en partie à celle-ci dès lors que des enfants sont en cause. En d'autres mots, la présence d'enfants deviendrait un nouvel élément déclencheur de mesures patrimoniales, comme le partage de certains biens à caractère familial. Il resterait, bien entendu, à déterminer plus précisément l'étendue exacte de ces mesures. Une telle proposition, qui peut sembler radicale et inédite aux yeux de certains, a pourtant déjà été évoquée dans le passé. Ainsi, lors des réformes de 1980 et de 1989, plusieurs acteurs sociaux ont suggéré que la mise en œuvre de droits traditionnellement liés au mariage pourrait bien à l'avenir, au nom de l'intérêt de la famille, dépendre de la seule présence d'enfants plutôt que du statut matrimonial des parents¹⁴⁵. À l'époque des débats sur le

145. Ainsi, lors de la réforme de 1980, certains intervenants plaidaient en faveur de l'extension des règles de protection de la résidence familiale aux couples en union de fait : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, Sixième session, 31^e Législature, n^o 10, Québec, 1980, p. B-300 à B-305. Ces remarques de la députée

patrimoine familial, plusieurs intervenants ont défendu l'idée que le partage obligatoire de la valeur des biens à caractère familial accumulés pendant la vie commune devrait dépendre avant tout de la présence d'enfants¹⁴⁶.

Cette proposition, le fait est connu, n'a pas été retenue. Cependant, il est intéressant de noter que la ministre responsable du projet avait tout de même souligné, à l'époque, que la décision politique de ne pas élargir les règles sur le patrimoine familial aux couples non mariés avec enfants était aussi motivée par l'absence d'études sérieuses concernant l'ampleur du phénomène de l'union de fait¹⁴⁷. C'est ici que prennent tout leur sens les statistiques mentionnées plus haut qui révèlent notamment qu'aujourd'hui la majorité des enfants au Québec naissent hors mariage. Ces chiffres,

de l'Acadie de l'époque, Mme Lavoie-Roux, illustrent très bien l'objet de cette proposition : « Je me souviens d'un groupe en particulier qui disait que les unions de fait étaient une forme de vie librement choisie. On ne veut pas que l'État s'ingère là-dedans. C'était le grand principe de base. C'est celui que vous avez retenu et que plusieurs ont retenu, d'un côté ou de l'autre de la Chambre, en disant que le mariage et l'union de fait sont deux choses différentes. On n'y accorde pas, dans l'état actuel des choses, la même reconnaissance. 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 fait le cheminement [...] Bien des fois, les 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. Il y a bien de ces femmes qui vivent en union de fait et qui, le lendemain matin, se retrouvent sur le pavé avec deux, trois enfants ou peut-être même davantage. Celles-là se trouvent absolument sans protection pour leurs enfants* » (l'italique est de nous). Voir : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, Sixième session, 31^e Législature, n^o 25, Québec, 1980, p. B-1034 et B-1035.

146. La Commission des services juridiques a soulevé à ce sujet la question de la possible discrimination, fondée sur l'état civil des enfants issus d'unions de fait. Voir : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, Deuxième session, 33^e Législature, n^o 32, Québec, 1988, p. CI-1295. La Fédération des associations de familles monoparentales du Québec était aussi d'avis que les conjoints de fait avec enfants devaient pouvoir bénéficier de la protection du patrimoine familial (*id.*, p. CI-1313). Il est aussi intéressant de noter que le Réseau d'action et d'information pour les femmes (RAIF) proposait de n'imposer le patrimoine familial qu'aux couples avec enfants, sans tenir compte du statut matrimonial : RAIF, *Les droits économiques des conjoints : une réforme en peau de chagrin*, Québec, 1988. La Fédération de la famille du Québec, dans une lettre adressée le 16 septembre 1988 à la Commission des institutions, était du même avis.
147. Voir à ce sujet les remarques de la ministre Gagnon-Tremblay dans ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Deuxième session, 33^e Législature, vol. 30, n^o 125, Québec, 1989, p. 6487 : « Les dispositions sur le patrimoine familial affectent les époux, 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,

jumelés au constat désormais bien documenté de la paupérisation des familles monoparentales, indiquent que, en dépit de l'arrêt *Walsh*, le principe du respect de l'autonomie de la volonté ne devrait pas empêcher le législateur québécois de considérer très sérieusement la possibilité d'imposer aux conjoints de fait certains mécanismes de protection, au nom de l'intérêt des enfants. Les principes d'autonomie et de protection se trouveraient ainsi conciliés plutôt qu'opposés.

Conclusion

Au lendemain de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Walsh*, la spécificité patrimoniale de l'union de fait se trouve confortée par un visa constitutionnel clair reposant sur le postulat selon lequel il faut laisser aux conjoints le choix de se soumettre ou non au régime juridique du mariage et de l'union civile. Nous saluons la consécration d'une liberté essentielle à la faveur de laquelle les couples peuvent, en marge du mariage et de l'union civile, organiser sans contrainte arbitraire les effets patrimoniaux de leur vie commune. Ensermer dans une matrice patrimoniale unique l'ensemble des unions aurait jugulé l'aspiration légitime au pluralisme conjugal qui sous-tend largement l'irrésistible montée de l'union de fait dans notre société.

Il serait toutefois hasardeux d'élever au rang de valeur quasiment intangible la faculté des conjoints de fait de disposer librement de leur patrimoine pendant leur union et au terme de celle-ci. Malgré l'approche fortement autonomiste de la plus haute juridiction du pays, nous estimons qu'il reste impérieux de faire au Québec le débat sur l'équilibre à opérer entre le respect du libre choix et le besoin d'en minimiser les « dommages collatéraux » pour les enfants à charge. Il faut réfléchir aux moyens juridiques qu'il conviendra de déployer pour atténuer les contrecoups socio-économiques de la rupture sur ceux pour qui l'exaltation de l'autonomie patrimoniale des adultes paraîtra un slogan creux, voire cynique.

par le Code civil, à des époux, en ce qui concerne leurs droits et obligations entre eux [...] 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 [...] 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* » (l'italique est de nous). Voir dans le même sens : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Deuxième session, 33^e Législature, vol. 30, n^o 133, Québec, 1989, p. 6871 ; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, Deuxième session, 33^e Législature, n^o 31, Québec, 1988, p. CI-1284 et 1285 ; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, Deuxième session, 33^e Législature, n^o 29, Québec, 1988, p. CI-1168 et 1169.