Regards croisés sur l'union de fait en droit québécois

Robert Leckey

Volume 64, Number 1, March 2023

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1097342ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1097342ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Leckey, R. (2023). Regards croisés sur l'union de fait en droit québécois. *Les Cahiers de droit*, 64(1), 217–242. <https://doi.org/10.7202/1097342ar>

Article abstract

This text highlights the specificity of Quebec's approach to de facto unions. First, a comparison of feminist texts from Quebec and from the common-law provinces shows different approaches to the autonomy and freedom of choice of de facto spouses. It invites scrutiny of the use made of the presence of children within couples. Second, the comparison bears on legal sources that are internal to Quebec. The justification for assimilating de facto spouses to married couples in social laws, while maintaining a policy of laissez-faire for them under private law, does not withstand scrutiny. Moreover, the consensual approach to cohabitation agreements seems incoherent in the light of the protections imposed in the context of marriage contracts. Without identifying an ideal policy, this text signals the appropriateness of rethinking the main notions that dominate Quebec's official discourse in this area.

Regards croisés sur l'union de fait en droit québécois

Robert LECKEY*

Le présent texte met en exergue la spécificité de l'approche québécoise concernant l'union de fait. D'abord, une comparaison d'écrits féministes du Québec et des provinces de common law démontre certaines différences concernant l'autonomie et le libre choix des conjoints de fait. Elle invite le lecteur à scruter l'usage qui est fait de la présence d'enfants au sein du couple. Ensuite, la comparaison opère à travers des sources internes au droit québécois. La justification de l'opposition entre la politique de laisser-faire en droit privé et l'assimilation des conjoints de fait aux époux dans les lois sociales et fiscales ne tient pas. De plus, le consensualisme préconisé pour le contrat d'union de fait semble incohérent au regard des protections imposées dans le contrat de mariage. Sans mener à une politique idéale, ce texte signale l'opportunité de repenser les grandes notions dominant le discours officiel québécois dans ce domaine.

* Doyen et titulaire de la chaire Samuel Gale, Faculté de droit, Université McGill. Cet article s'appuie sur des recherches financées, en partie, par le Conseil de recherches en sciences humaines. Nous aimerions souligner les excellentes contributions à la recherche que nous ont fournies Marc-Antoine Gervais, Joshua Ginter, Félix-Antoine Lestage et Jennifer Rogers. Pour leurs précieux commentaires sur des versions antérieures de ce texte, nous sommes redevable à Bev Baines, Nicholas Bala, Edward Béchar-Torres, Kim Brooks, Angela Campbell, Ethel Groffier, Marie-Neige Laperrière, Michaël Lessard, Daniel Monk, Michel Morin, Mary Jane Mossman, Chukwu-buikem Nnebe, Amélia Souffrant, Jennifer Stoddart, Régine Tremblay, Suzanne Zaccour et une évaluatrice de la revue.

Article à jour en date du 1^{er} février 2023.

En vertu des règles linguistiques de la revue, l'utilisation de la seule forme masculine vise à alléger le texte et, selon les circonstances, elle désigne aussi bien les femmes que les hommes.

This text highlights the specificity of Quebec's approach to de facto unions. First, a comparison of feminist texts from Quebec and from the common-law provinces shows different approaches to the autonomy and freedom of choice of de facto spouses. It invites scrutiny of the use made of the presence of children within couples. Second, the comparison bears on legal sources that are internal to Quebec. The justification for assimilating de facto spouses to married couples in social laws, while maintaining a policy of laissez-faire for them under private law, does not withstand scrutiny. Moreover, the consensual approach to cohabitation agreements seems incoherent in the light of the protections imposed in the context of marriage contracts. Without identifying an ideal policy, this text signals the appropriateness of rethinking the main notions that dominate Quebec's official discourse in this area.

Este documento pone de relieve la especificidad del enfoque quebequense con respecto a las uniones de hecho. En primer lugar, una comparación de los escritos feministas de Quebec y de las provincias de derecho consuetudinario expone algunas diferencias relacionadas con la autonomía y a la libre elección de los cónyuges de hecho. Dicha comparación nos invita a examinar la aplicación que se hace sobre la presencia de los hijos en el seno de la pareja. En segundo lugar, se realiza una comparación a través de fuentes internas del derecho quebequense. La justificación de la oposición entre la política de permisividad del derecho privado, y la asimilación de los cónyuges de hecho con la de los esposos en la legislación social y fiscal carece de fundamento. Además, el consensualismo que preconiza el contrato de unión de hecho parece ser incoherente con respecto a las protecciones que impone el contrato de matrimonio. Sin llevar a cabo una política ideal, este texto plantea la oportunidad para reconsiderar las principales nociones que rigen en el discurso oficial quebequense en este ámbito.

	Pages
1 Les différences à travers des courants de littérature féministe	221
1.1 L'autonomie et le choix	223
1.2 L'enfant commun, déclencheur de l'interdépendance ?.....	229

2 Les différences internes au droit québécois	232
2.1 Une reconnaissance égale et bénéfique dans les lois sociales ?	232
2.2 Les contrats entre conjoints	235
Conclusion	240

Le présent texte met en relief la spécificité de l'approche québécoise relativement à l'union de fait. Bien que l'incidence de cette dernière ait connu une montée fulgurante¹, la politique législative ne s'y est pas adaptée, et celle-ci est caractérisée par de grands contrastes. Un premier oppose l'union de fait, qui n'entraîne sous le droit privé ni droit ni obligation entre conjoints², à l'union de droit, à laquelle se rattachent de nombreuses mesures tant obligatoires que supplétives³. Un deuxième oppose la politique de laisser-faire en droit privé à l'assimilation des conjoints de fait aux conjoints de droit dans les lois sociales et fiscales. Dans le contexte canadien, un troisième contraste survient. Celui-ci oppose la «retenue⁴» du *Code civil du Québec*⁵ envers les conjoints de fait aux initiatives d'inclusion des provinces de common law. Ces dernières ont assujéti les conjoints de fait à l'obligation alimentaire, certaines les assimilant même au partage des biens familiaux⁶.

1. En 1981, la proportion d'unions libres au Québec excédait la moyenne nationale de presque un tiers (8,2% comparativement à 6,4%), mais était presque deux fois plus élevée en 2021 (42,7% comparativement à 22,7%). STATISTIQUE CANADA, «Familles, ménages et état matrimonial: faits saillants du Recensement de 2016», p. 8; STATISTIQUE CANADA, «État de l'union: Le Canada chef de file du G7 avec près du quart des couples vivant en union libre, en raison du Québec», *Le Quotidien*, p. 922 (13 juillet 2022) [<https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/daily-quotidien/220713/dq22071-fr.pdf?st=NBDXsi-A>] (18 février 2023).
2. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 375, p. 538.
3. L'expression «union de droit» englobe le mariage et l'union civile: France ALLARD et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – les familles*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, s.v. «Union de droit», p. 119-20, et «Conjoint de droit», p. 28.
4. J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, n° 374, p. 536.
5. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après dans les notes «C.c.Q.»).
6. Voir: *Family Property Act*, R.S.A. 2000, c. F-4.7, art. 1.1, 3.1 et 5.1; *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 3(1)(b)(i), 3(2) et 81; *Loi sur les biens familiaux*, C.P.M.L., c. F25, art. 13 et 14. Voir aussi Nicholas BALA, «Common Law Marriage in Common Law Canada: Legislatures and Courts Recognize “Marriage-Like” Relationships»(2022) 44 Hous. J. Int'l L. 287.

Si le législateur québécois n'a pas récemment modifié le traitement accordé à l'union de fait, des opinions plus ou moins officielles à son sujet ont toutefois été exposées dans l'espace public. Notamment, le gouvernement du Québec a eu à défendre sa politique législative dans le contexte d'un litige constitutionnel, qui a été résolu en 2013⁷. De plus, dans son volumineux rapport de 2015, le Comité consultatif sur le droit de la famille a dépeint une vision de l'union de fait et a proposé de légères retouches législatives, tout en étant largement en accord avec l'approche en vigueur, au moins dans le cas des conjoints de fait sans enfant commun⁸. En 2019, le ministère de la Justice a tenu des consultations publiques au regard de ce rapport⁹. De ces expressions publiques de la politique législative du Québec et des valeurs qui l'animent, quatre grandes notions émergent :

- 1) l'importance capitale de respecter l'autonomie et la liberté contractuelle des conjoints de fait ;
- 2) l'intérêt de distinguer les conjoints de fait ayant des enfants de ceux qui n'en ont pas ;
- 3) la nature anodine, voire généreuse, d'approches différentes entre les lois sociales et le Code civil ;
- 4) l'opportunité de promouvoir le recours au contrat d'union de fait.

Afin de mieux comprendre l'approche du droit québécois relativement à l'union de fait selon ses propres termes¹⁰, nous adoptons une démarche comparative à géométrie variable. Celle-ci impliquera de « nouvelles unités de comparaison », dont certaines se trouvent à l'intérieur du Québec¹¹, quoique la mesure dans laquelle elle se qualifie de droit comparé légitime importe peu. Il sera d'abord question de deux grandes notions indiquées précédemment : la priorisation de l'autonomie des conjoints de

7. *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61, 2013 CSC 5 (mémoire de l'appelant (ci-après « mémoire PGQ »)).

8. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, sous la présidence d'Alain Roy, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015 (ci-après « rapport Roy »).

9. QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Consultation publique sur la réforme du droit de la famille, du 15 mars au 28 juin 2019*, 2019, p. 23, [En ligne], [www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/publications/ministere/dossiers/consultation/document_consultation.pdf] (22 mars 2022).

10. Catherine VALCKE, « Reflections on Comparative Law Methodology – Getting inside Contract Law », dans Maurice ADAMS et Jacco BOMHOFF (dir.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 22, à la page 25. Voir aussi Robert LECKEY, « Review of Comparative Law », (2017) 26 *Soc. Leg. Stud.* 3, 5.

11. Mathias SIEMS, « The Power of Comparative Law: What Types of Units Can Comparative Law Compare? », (2019) 67 *Am. J. Comp. L.* 861, 872.

fait et l'incidence sur le couple de la présence d'enfants. Ces notions sont traitées de manières fort différentes au sein de deux courants d'écrits féministes concernant l'union de fait : un provient du Québec ; l'autre, des provinces de common law (partie 1). Ensuite, la démarche comparative se tournera vers des sources internes au droit québécois. Nous aborderons alors les troisième et quatrième grandes notions : la distinction, réputée être positive, entre le traitement de l'union de fait en vertu des lois sociales et le droit privé ainsi que le potentiel inexploité du contrat d'union de fait (partie 2). Notre démarche fera ressortir les prémisses sous-jacentes à l'approche québécoise et certains choix la façonnant, cette approche n'étant ni naturelle ni nécessaire. D'ailleurs, l'exercice soulignera des points sur lesquels celle-ci se révèle contradictoire ou incohérente, même selon ses propres termes ou par rapport à ses préoccupations déclarées.

Cet exercice rend hommage à notre cher collègue et ami, le professeur Dominique Goubau. Ses écrits au sujet de l'union de fait font preuve d'une maîtrise technique des rapports entre le Code civil et les lois sociales, d'un vif intérêt envers le droit comparé, d'une reconnaissance des objectifs multiples poursuivis par le droit de la famille et d'une profonde humanité.

1 Les différences à travers des courants de littérature féministe

La démarche comparative adoptée ici est dite « minoritaire¹² ». Elle ne scrute pas « les représentations du droit déjà autorisées¹³ », tels les jugements et les lois, mais bien des écrits provenant de militantes féministes et de chercheuses juridiques. Le corpus est constitué d'un échantillon de textes au sujet de l'union de fait, rédigés pendant la période 1975-2020 par des femmes¹⁴. Sans supposer que toutes les femmes soient féministes ou doivent l'être, notons que la majorité des autrices individuelles et des organismes militants inclus dans notre corpus s'affichait ainsi. Les textes des provinces de common law sont en anglais, tandis que la part du lion de ceux du Québec est en français. Notre démarche minoritaire nous permettra de privilégier les perspectives des personnes qui demeurent étrangères « à l'intérieur de leur propre pays¹⁵ », ou au moins subordonnées aux centres de pouvoir ou exclues de ces derniers. Les femmes constituent une minorité au sein des corps professoraux, de la haute direction universi-

12. Sherally MUNSHI, « "You Will See my Family Became So American" : Toward a Minor Comparativism », (2015) 63 *Am. J. Comp. L.* 655.

13. *Id.*, 664 (notre traduction).

14. L'analyse dans cette partie s'inspire de notre étude : Robert LECKEY, « Differences in a Minor Archive: Feminist Activists and Scholars on Cohabitation » (2022) 70 *Am. J. Comp. L.* 364.

15. Sh. MUNSHI, préc., note 12, 664 (notre traduction).

taire, de la magistrature et des assemblées législatives, tout en constituant désormais la majorité au sein des effectifs étudiants des facultés de droit au Québec¹⁶. Sans monopoliser la « vérité » relativement à l'union de fait, ce corpus nous offrira un certain accès « aux manières dont les règles et les institutions juridiques sont rencontrées et vécues par des sujets minoritaires¹⁷ », bien qu'il soit relativement restreint et que les autrices étudiées ne soient pas nécessairement représentatives. D'ailleurs, le fait que la politique familiale est généralement comprise — à juste titre ou à tort — comme revêtant un intérêt particulier pour les femmes accentue la pertinence des voix féministes. Nous compléterons notre analyse dans cette partie par des références judicieuses aux publications issues de plumes masculines.

Les traitements qu'accordent respectivement à l'union de fait les deux courants de textes diffèrent de manière notable. Ces différences évoquent l'hypothèse de féminismes distincts au Canada¹⁸. La forte thèse autonomiste au Québec, qui a longtemps reçu un appui marqué des voix féministes dans cette province, va à l'encontre du consensus féministe des provinces de common law. Toutefois, au fil des ans, des critiques de l'approche autonomiste se sont affirmées de plus en plus dans le discours québécois, privant celle-ci de l'appui féministe dont elle a longtemps joui (1.1). Nous verrons également le caractère spécifique du penchant, au Québec, à distinguer les conjoints de fait avec enfants de ceux qui n'en ont pas, qui n'a pas de pendant dans les provinces de common law. Plus précisément, les articulations québécoises de cette idée reflètent à la fois une vision traditionnelle de la famille et l'engouement pour une certaine conception de l'autonomie (1.2).

-
16. Voir: Julie PAQUIN, « La féminisation du corps professoral des facultés de droit au Québec », (2020) 32 *R.F.D.* 341; Julie PAQUIN, « La féminisation de la profession », *Entracte*, vol. 28, n° 3, 2019, p. 8. Pour un examen de l'exercice du pouvoir étatique dans la poursuite d'objectifs féministes, voir toutefois Janet HALLEY et autres, *Governance Feminism: An Introduction*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2018, p. 320.
17. Sh. MUNSHI, préc., note 12, 666 (notre traduction).
18. Marie-Claire BELLEAU, « Féminisme juridique "distinct"? Comparaison entre le Québec et le ROC ("Rest of Canada") », (1998) 35 *R.D.U.S.* 425; Jennifer STODDART, « Des lois et des droits. Considérations à propos d'un cheminement distinct », (1995) 36 *C. de D.* 9; Micheline DUMONT, *Féminisme à la Québécoise*, traduit par Nicole KENNEDY, Ottawa, Société d'histoire féministe, 2012, p. 237; Anne REVILLARD, « Entre arène judiciaire et arène législative. Les stratégies juridiques des mouvements féministes au Canada », dans Jacques COMMAILLE et Martine KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction publique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, p. 145.

1.1 L'autonomie et le choix

L'importance de respecter l'autonomie des conjoints de fait et leur liberté contractuelle s'inscrit au cœur de la vigoureuse défense du droit familial du Code civil qu'a livrée le procureur général du Québec devant la Cour suprême du Canada. Selon lui, «l'objectif que poursuit le législateur québécois [...] est de préserver la liberté de chacun d'opter pour un mode de vie conjugale qui, contrairement au mariage ou l'union civile, laisse place à l'autonomie des conjoints d'organiser leurs rapports mutuels comme bon leur semble¹⁹». Pour sa part, le Comité consultatif a consacré la conception du couple comme «un espace d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle» tel un principe directeur²⁰.

Des approches divergentes quant à l'autonomie et à la liberté contractuelle déferlent avec, pour toile de fond, des différences entre les provinces de common law et le Québec quant à la politique préférable. Comme nous le démontrerons, les débats dans les provinces de common law révèlent une opinion majoritaire stable qui recommande d'étendre le partage des biens aux cohabitants. La question de l'imposition d'une obligation alimentaire aux conjoints de fait étant réglée depuis des décennies²¹, le débat féministe en anglais s'est concentré sur la question de savoir si les conjoints de fait devraient également partager les biens familiaux. Depuis environ 30 ans, le point de vue qui domine dans les débats féministes est celui selon lequel les législatures provinciales devraient instaurer une règle supplétive de partage entre les conjoints de fait²². D'une manière à surprendre les autrices des provinces de common law, l'histoire québécoise de la politique de laisser-faire envers l'union de fait n'est pas celle d'un écart béant et persistant entre les choix législatifs et les avis féministes. Au contraire, pendant des décennies, les principales voix du féminisme organisé au Québec se sont opposées à la réglementation de l'union de fait, quitte à

19. Mémoire PGQ, préc., note 7, par. 5; voir aussi le paragraphe 7.

20. Rapport Roy, préc., note 8, p. 78 et 79.

21. Alors que les législateurs des autres provinces de common law avaient étendu l'obligation alimentaire aux conjoints de fait, la Cour d'appel de l'Alberta a déclaré que la restriction de cette obligation aux époux limitait de façon injustifiable le droit à l'égalité garanti par l'article 15 (1) de la *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.)] (ci-après «Charte canadienne»); *Rossu v. Taylor*, 1998 ABCA 193, 216 A.R. 348.

22. Voir: Winifred HOLLAND, «Cohabitation and Marriage – A Meeting at the Crossroads?», (1990) 7 *Can. Fam. Law Q.* 31, 49; Natasha BAKHT, «A v. B and Attorney General of Quebec (*Eric v. Lola*) – The Implications for Cohabiting Couples outside Quebec», (2013) 28 *Rev. can. D. Fam.* 261, 266. Voir aussi *infra*, notes 25-28.

rejeter les propositions de l'Office de révision du Code civil du Québec²³. Elles l'ont fait pour défendre l'autonomie, définie d'une manière libérale classique, et la liberté de choix des femmes. La décision législative, au début des années 80, de restreindre les obligations réciproques aux époux a donc joui d'un fort appui féministe. Celui-ci s'est toutefois amenuisé avec le temps.

Reflétant les prises de position opposées, les deux courants textuels abordent différemment l'autonomie et le choix. Dans les provinces de common law, une justification prévalente de la préférence pour l'assimilation des conjoints de fait aux époux est l'idée que, « dans de nombreux cas, il y a peu de planification et les parties cohabitent sans avoir réfléchi très sérieusement à l'orientation de leur relation²⁴ ». D'ailleurs, pour quiconque ignore le droit, le « choix » entre l'union de fait et le mariage serait « illusoire²⁵ ». En effet, les autrices de ces provinces ont longtemps supposé que les couples ne connaissent pas les conséquences juridiques respectives du mariage et de l'union de fait²⁶. De plus, l'inégalité du pouvoir de négociation risque de mener à des ententes injustes²⁷, un régime légal de la sépa-

-
23. La reconnaissance d'une obligation alimentaire durant l'union de fait et, sur une base exceptionnelle, après la cessation de la vie commune a été recommandée: OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. I, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 119.
24. Winifred HOLLAND, « Marriage and Cohabitation: Has the Time Come to Bridge the Gap? », dans LAW SOCIETY OF UPPER CANADA (dir.), *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Toronto, Carswell, 1993, p. 369, à la page 379 (notre traduction).
25. *Québec (Procureur général) c. A.*, préc., note 7 (« Factum of the Intervener – West Coast Women's Legal Education and Action Fund », par. 31).
26. Voir: W. HOLLAND, préc., note 24, à la page 379; Diana MAJURY, « Women Are Themselves to Blame: Choice as a Justification for Unequal Treatment », dans Fay FARADAY, Kate M. STEPHENSON et Claire L'HEUREUX-DUBÉ (dir.), *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 209, à la page 222; Susan B. BOYD et Cindy L. BALDASSI, « Marriage or Naught? Marriage and Unmarried Cohabitation in Canada », dans Anne BOTTOMLEY et Simone WONG (dir.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, Hart, 2009, p. 111, à la page 116; Anne MOHS, *Choice v. Equality: The Legal Recognition of Unmarried Cohabitation in Canada*, mémoire de maîtrise, Vancouver, Faculté de droit, University of British Columbia, 2010, p. 121; Brenda COSSMAN et Bruce RYDER, *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms*, Toronto, Ontario Law Reform Commission, 1993, p. 66 et 67; Carol J. ROGERSON, « Developments in Family Law: The 2002-2003 Term », (2003) 22 *Sup. Ct. L. Rev.* 273, 300; Shelley GAVIGAN, « Equal Families, Equal Parents, Equal Spouses, Equal Marriage: The Case of the Missing Patriarch », dans Sheila MCINTYRE et Sandra RODGERS (dir.), *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, LexisNexis Canada, 2006, p. 291, à la page 332.
27. W. HOLLAND, préc., note 22, 49.

ration des biens « favoris[ant] le partenaire qui est économiquement plus fort²⁸ ». Autrement dit, la logique d'adhésion volontaire (*opting in*) accorde un droit de veto au conjoint le plus fort²⁹. Les partisans du partage présumé semblent par ailleurs à l'aise avec son effet sur la liberté : la dérogation conventionnelle constituerait « un recours adéquat pour les conjoints de fait déterminés à éviter l'état de conjoint³⁰ ».

Dans le courant de textes des provinces de common law, rares sont les voix dissidentes. Une autrice s'inquiète du fait que l'assimilation de l'union de fait au mariage encouragerait les conjoints de fait à assumer un « rôle subordonné et dépendant », affirmant par ailleurs qu'il serait illégitime pour un gouvernement « d'imposer aux parties des obligations et des avantages qu'elles ont choisi d'éviter³¹ ». Une autre observe la présence « d'indicateurs suggérant que les gens vivent hors mariage par choix³² ».

Pour ce qui est des écrits québécois, plusieurs groupes féministes se sont opposés à l'octroi de droits et d'obligations matrimoniaux aux conjoints de fait, au nom de la liberté des femmes. Dès les années 70 et durant les décennies subséquentes, le Conseil du statut de la femme a fait valoir la perspective selon laquelle « [d]e nombreux couples ont choisi l'union de fait parce qu'elle n'entraîne pas d'obligations légales et peut accorder plus de liberté quant au mode de vie³³ ». Leur imposer des obligations

-
28. Karen BUSBY, « Common Law Partnerships and Marital Property: Time for a Change? », Association nationale Femmes et Droit, 14 février 2004, [En ligne], [nawl.ca/common-law-partnerships-and-marital-property-time-for-a-change/] (26 mars 2022) (notre traduction).
 29. Sonia LAWRENCE, « Harsh, Perhaps even Misguided: Developments in Law, 2002 », (2003) 20 *Sup. Ct. L. Rev.* 93, 107; Sh. GAVIGAN, préc., note 26, à la page 331; S.B. BOYD et C.L. BALDASSI, préc., note 26, à la page 116; Natasha MUKHTAR, « A Feminist Critique of *Quebec v. A.*: Evaluating the Supreme Court's Divided Opinion on Section 15 and Common Law Support Obligations », (2017) 30 *Rev. can. D. Fam.* 129, 144.
 30. Br. COSSMAN et Br. RYDER, préc., note 26, p. 61 (notre traduction). Voir aussi: N. BAKHT, préc., note 22, 272; *Quebec (Procureur général) c. A.*, préc., note 7, par. 379 (j. Abella, dissidente: le retrait conventionnel d'une inclusion présumée permettrait le respect de « la liberté de choisir des conjoints de fait »).
 31. Christine DAVIES, « Cohabitation outside of Marriage: The Path to Reform », dans Margaret E. HUGHES et E. Diane PASK (dir.), *National Themes in Family Law*, Toronto, Carswell, 1988, p. 195, aux pages 200 et 201 (notre traduction).
 32. Kara L. KUFFNER, « Common-Law and Same-Sex Relationships under the Matrimonial Property Act », (2000) 63 *Sask. L. Rev.* 237, 246 (notre traduction).
 33. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Pour les Québécoises: égalité et indépendance*, Montréal, Éditeur officiel, 1978, p. 160; voir aussi: CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1979, p. 55 (ci-après « mémoire de 1979 »); CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Avis du Conseil du statut des femmes – Les partenaires en union libre et l'État*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1991, p. 71

maritales « constitue[rait] une atteinte au principe du libre choix qui anime les conjoints de fait³⁴ » ; il serait inapproprié d'imposer aux conjoints de fait des « règles de vie alors que ceux-ci n'ont rien demandé à personne et qu'ils veulent vivre selon leur choix³⁵ ». D'un point de vue répandu, « l'union de fait constitue un choix tout aussi éclairé et délibéré que le mariage³⁶ ». Le Comité national de la condition féminine du Parti québécois — alors au pouvoir — a qualifié de « normal » et de « souhaitable dans bien des cas » la décision « de vivre librement ensemble, sans aucun contrat ni aucune obligation juridique »³⁷.

Ces louanges à la liberté de choix s'appuyaient sur des hypothèses concernant les conditions matérielles des conjoints de fait. À l'époque, ces dernières semblaient plus aptes que leurs homologues mariées à assurer leur sécurité financière : plus instruites, plus en mesure de travailler et moins susceptibles d'avoir des enfants³⁸. D'ailleurs, selon une perspective optimiste, une conjointe de fait sans enfant ne se trouverait en position d'infériorité par rapport à son conjoint que si une « fausse conception de l'amour » l'avait incitée à dépendre de lui³⁹.

(ci-après « avis du Conseil du statut de la femme ») ; Andrée CÔTÉ, « Chère madame... Prendrez-vous une petite tranche d'égalité ? », *La Vie en rose*, décembre 1981 et janvier/ février 1982, p. 21.

34. Mémoire de 1979, préc., note 33, à la page 23 ; voir aussi CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire du Conseil du statut de la femme présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1988, p. 40.
35. RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Mémoire sur le Livre II – de la famille – projet de révision du Code civil du Québec* 1979, p. 7.
36. Avis du Conseil du statut de la femme, préc., note 33, p. 11. Voir aussi : RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Observations et recommandations sur le Rapport sur la famille du Comité du droit des personnes et de la famille de l'Office de révision du Code civil*, Québec, Réseau d'action et d'information pour les femmes, 1975, p. 9 ; FÉDÉRATION DES FEMMES DU QUÉBEC, *Mémoire de la Fédération des femmes du Québec à la Commission sur la réforme du droit de la famille*, 1979, p. 5 ; Marie LECLERC, « Droit de la famille, droit des femmes », *Gazette des femmes*, n° 1, 1979, p. 13, à la page 14.
37. COMITÉ NATIONAL DE LA CONDITION FÉMININE DU PARTI QUÉBÉCOIS, *Mémoire présenté à la Commission parlementaire portant sur le Rapport de l'Office de révision du Code civil*, discussion du *Livre premier – des personnes*, Québec, Comité national de la condition féminine du Parti québécois, 1979, p. 4.
38. Avis du Conseil du statut de la femme, préc., note 33, p. 14 et 15. Voir aussi Danielle STANTON, « Mariage et union de fait : des engagements différents », *Gazette des femmes*, 1^{er} novembre 1991, [En ligne], [www.gazettedesfemmes.ca/5491/mariage-et-union-de-fait-des-engagements-differents/] (22 mars 2022).
39. RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, préc., note 35, p. 8.

Ces idées de choix et de liberté ont trouvé écho dans une littérature plus scientifique. Pour Mireille D. Castelli, « [s]i ces gens ne sont pas mariés, c'est qu'ils ont *préféré* un autre état » ; les « concubins » ayant dû soupeser les conséquences de leur conduite en faisant leur choix, il serait « profondément anormal et immoral » pour ceux qui ont rejeté le mariage d'en rechercher certains des avantages, sans les inconvénients corollaires⁴⁰. Une exposition plus récente a lié ce point de vue à la perception des distinctions culturelles et philosophiques du Québec au sein de la fédération canadienne⁴¹.

Au Québec, une voix dissidente prônant des droits et des devoirs pour les cohabitants s'est toutefois fait entendre⁴². À l'avant-garde, l'Association montréalaise de la femme et du droit a reconnu la dépendance et le besoin de protection juridique des unions « de nature platonique, homosexuelle ou bien hétérosexuelle⁴³ ». Quant à l'Association des femmes diplômées de l'université, elle a approuvé la proposition d'une éventuelle obligation alimentaire pour les conjoints de fait⁴⁴. À noter que la proposition d'accorder aux cohabitants une obligation alimentaire a recueilli une certaine approbation dans les facultés de droit⁴⁵.

D'ailleurs, un courant de la littérature scientifique québécoise a depuis longtemps contesté l'hypothèse selon laquelle les couples choisissent l'union de fait de manière éclairée. Un fondement juridique de cette remise en question est la confusion engendrée par l'assimilation des

40. Mireille D. CASTELLI, « Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C sur la famille », (1975) 16 *C. de D.* 645, 664.

41. Claudia P. PRÉMONT et Michèle BERNIER, « Un engagement distinct qui engendre des conséquences distinctes », dans S.F.C.B.Q., vol. 140, *Développements récents sur l'union de fait (2000)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 7, à la page 10.

42. Voir la suggestion d'Émilie BILAND et Gabrielle SCHÜTZ, « Les couples non-mariés ont-ils des droits ? Comment juristes, intellectuels et journalistes ont construit l'affaire *Éric c. Lola* », (2015) 30 *R.C.D.S.* 323, 330, que le « clivage entre le Québec et la fédération canadienne doit être relativisé ».

43. ASSOCIATION MONTRÉLAISE DE LA FEMME ET DU DROIT, *Mémoire sur le projet de réforme du Code civil du Québec modifiant le droit de la famille*, Montréal, Association montréalaise de la femme et du droit, 1979, p. 5.

44. ASSOCIATION DES FEMMES DIPLÔMÉES DE L'UNIVERSITÉ, *Rapport de l'Association des femmes diplômées de l'université (Montréal) (A.F.D.U.) sur les recommandations de l'Office de révision du Code civil au sujet du droit de la famille*, Montréal, Association des femmes diplômées de l'Université, 1979, p. 11.

45. Édith DELEURY et Michèle RIVET, « Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C. sur la famille », (1975) 16 *C. de D.* 603, 617 ; Ethel GROFFIER, « Les époux de fait dans le droit civil du Québec », dans John M. EEKELAAR et Sanford N. KATZ (dir.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies. Areas of Legal, Social and Ethical Change*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 235, à la page 238.

conjoint de fait aux conjoints de droit dans les lois sociales et fiscales par opposition à l'approche du droit privé⁴⁶. Ce traitement variable pourrait ne pas être étranger à la croyance erronée, de la part d'un pan important de la société québécoise, que les conjoints de fait jouissent des mêmes droits que les époux, croyance appelée le «mythe du mariage automatique⁴⁷». Cette erreur persiste, malgré la couverture médiatique du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A.*⁴⁸. Un autre fondement, plus sociologique, émane de la reconnaissance des pressions sociales qui façonnent les comportements et les décisions des femmes et des hommes⁴⁹.

-
46. Michelle GIROUX et Anouk LAURENT, «Portrait critique de l'union de fait en droit québécois», (1989) 20 *R.G.D.* 129, 131 (le droit étant «imprégné d'incohérence»). Voir aussi: Chastianne DUBREUIL, «L'union de fait au Québec: inexistence dans le Code civil», *Cahiers québécois de démographie*, vol. 28, n^{os} 1-2, 1999, p. 229, à la page 235; Brigitte LEFEBVRE, «Le traitement juridique des conjoints de fait: deux poids, deux mesures!», [2001] 1 *C.P. du N.* 223, 227.
47. Hélène BELLEAU, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle. Le mythe du mariage automatique*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2011, p. 174; Hélène BELLEAU et Pascale CORNUT ST-PIERRE, «La question du "choix" dans la décision de se marier ou non au Québec», *Lien social et Politiques*, vol. 66, 2011, p. 65; Hélène BELLEAU, Carmen LAVALLÉE et Annabelle SEERY, *Unions et désunions conjugales au Québec: rapport de recherche. Première partie: le couple, l'argent et le droit*, Montréal, Institut national de la recherche scientifique, 2017, p. 65-75; Régine TREMBLAY, «Sans foi ni loi: Appearances of Conjugalty and Lawless Love», dans Anne-Sophie HULIN, Robert LECKEY et Lionel SMITH (dir.), *Les apparences en droit civil*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 155, aux pages 182-188.
48. *Québec (Procureur général) c. A.*, préc., note 7. Voir CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, «Conjoints de fait: la Chambre des notaires du Québec sensibilise les Québécois», *C45345345ision*, 22 mars 2013, [En ligne], [www.newswire.ca/fr/news-releases/conjoints-de-fait--la-chambre-des-notaires-du-quebec-sensibilise-les-quebecois-512124671.html] (23 mars 2022). Voir aussi: Hélène BELLEAU, «D'un mythe à l'autre: de l'ignorance des lois à la présomption du choix éclairé chez les conjoints en union libre», (2015) 27 *R.F.D.* 1, 11 et 12; Carmen LAVALLÉE, Hélène BELLEAU et Édith GUILHERMONT, «La situation juridique des conjoints de fait québécois», (2017) 73 *Droit et cultures* 69, n^o 76.
49. Marlène CANO, «La réforme québécoise sur les rapports pécuniaires entre conjoints (Loi 146): le concept de liberté de choix», (1990) 4 *R.F.D.* 190, 199. Voir aussi: Ann ROBINSON, «Lesbiennes, mariage et famille», (1994) 7 *R.F.D.* 393, 396; Michelle BOIVIN, «Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité», (2004) 45 *C. de D.* 327, 338; Louise LANGEVIN, «Les conjoints de fait au Québec: protection juridique ou paternalisme», (2008) 20 *R.F.D.* 313, 315 et 316; Louise LANGEVIN, «Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture: difficile exercice de jonglerie», (2009) 54 *R.D. McGill* 697, 712; Violaine BELZILE, «Enrichissement injustifié et action *de in rem verso* entre conjoints de fait – Comme si l'amour allait durer toujours», dans S.F.C.B.Q., vol. 340, *Développements récents en droit familial (2011)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 25, à la page 26.

De manière spectaculaire, le Conseil du statut de la femme a répudié, en 2014, l'opposition à la reconnaissance des concubins qu'il avait exprimée depuis les années 70. Il a publié ainsi un rapport en faveur de l'octroi aux conjoints de fait des droits et des obligations du mariage, sujet à dérogation. Passant de l'aspiration à l'empirisme, l'organisme regrette que les relations inégales entre les sexes structurent toujours la société et la famille; il conclut que le droit de la famille devrait refléter les investissements disproportionnés des femmes dans les soins et les tâches ménagères⁵⁰.

1.2 L'enfant commun, déclencheur de l'interdépendance ?

Le Comité consultatif a fait de la vue de l'enfant comme « une responsabilité commune source d'interdépendance⁵¹ » une orientation phare. Cette responsabilité ferait en sorte « qu'un simple rapport juridique vertical entre chacun des parents et l'enfant » ne suffise pas et que, au contraire, la reconnaissance d'un « rapport horizontal liant les parents à l'autre s'impose »⁵². Si un désaccord a surgi au sein du Comité consultatif quant aux mesures qui tiendraient compte correctement de cette responsabilité⁵³, tous s'entendaient néanmoins sur les répercussions, pertinentes par rapport à la réglementation, de la présence ou de l'absence d'enfants communs aux deux conjoints. Nous verrons ci-dessous que cette différenciation est absente de la littérature féministe des provinces de common law. De plus, dans les débats issus du Québec, elle devient le support d'une vision traditionnelle de la famille et revigore une certaine approche autonomiste, malgré les critiques qu'a essuyées cette dernière.

Quelle que soit son influence actuelle dans les coulisses du pouvoir, cette idée « n'est pas nouvelle⁵⁴ ». La documentation québécoise, y compris

50. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Avis – Pour une véritable protection des conjointes de fait*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2014, p. 97.

51. Rapport Roy, préc., note 8, p. 77.

52. *Id.*

53. *Id.*, p. 106-137: la majorité a proposé d'instaurer un régime parental impératif qui inclurait un nouveau mécanisme, appelé la « prestation compensatoire parentale », tandis que le professeur Dominique Goubau aurait préconisé « l'extension des protections actuelles du mariage aux couples avec enfants, indépendamment de leur statut » (annexe VIII « Motifs de la dissidence de Dominique Goubau », p. 585).

54. Dominique GOUBAU, « La notion de conjoint : la loi et la société avancent-elles au même pas ? », dans *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 39, à la page 47. Voir aussi : RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, préc., note 36, p. 36; RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Le Livre rouge de la condition féminine et réponse à la politique globale du Conseil du statut de la femme*, Québec, Réseau d'action et d'information pour les femmes, 1979, p. 66; FÉDÉRATION DES FEMMES DU QUÉBEC, préc., note 36, p. 6; RÉSEAU

celle qui est issue des associations féministes, recommande à plusieurs reprises de différencier les conjoints de fait ayant des enfants de ceux qui n'en ont pas. Cette discussion s'appuie en grande partie sur l'importance accordée à l'autonomie et à la liberté : les conjoints de fait sans enfant font des choix libres et éclairés dont ils doivent être tenus responsables. Elle est propre au Québec, car les textes des provinces de common law distillent généralement les désavantages relatifs subis par les enfants des parents non mariés en un argument supplémentaire en faveur de l'inclusion dans le droit matrimonial de tous les conjoints de fait⁵⁵.

L'accent québécois mis sur les enfants comporte deux volets. Le premier insiste sur la nécessité de protéger les conjoints, en grande majorité des conjointes, qui s'exposent à des pertes en s'investissant dans l'éducation des enfants et la satisfaction des besoins familiaux⁵⁶. L'autre se concentre sur la façon dont la restriction des droits et des obligations matrimoniaux aux conjoints de droit nuit aux enfants de parents non mariés. Seuls les enfants de parents mariés ou unis civilement bénéficient, quoiqu'indirectement, des mesures matrimoniales qui s'exécutent au moment de la rupture⁵⁷. Cette asymétrie porterait atteinte au principe d'égalité des enfants, pierre angulaire du droit de la filiation depuis l'abolition de l'illégitimité en 1980⁵⁸.

D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Mémoire sur un projet de loi qui ne répond pas aux besoins des femmes*, Québec, Réseau d'action et d'information pour les femmes, 1980, p. 3; RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Les droits économiques des conjoints : une réforme en peau de chagrin*, Québec, Réseau d'action et d'information pour les femmes, 1988, p. 9.

55. Dans certaines provinces de common law, la présence de l'enfant chez les conjoints de fait se substitue à la période minimale de la vie commune afin de rendre applicables des droits et obligations conjugaux. Voir la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 29 (« conjoint » : l'obligation alimentaire se rattache aux personnes qui entretiennent « une relation d'une certaine permanence, si elles sont les parents d'un enfant »).
56. Jocelyne JARRY, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 158. Voir aussi : Dominique GOUBAU, Ghislain OTIS et David ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses "dommages collatéraux" », (2003) 44 C. de D. 3, 8; M. BOIVIN, préc., note 49, 341.
57. Voir Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE, « L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple », (1999) 40 C. de D. 345, 363; Stéphanie Charest, « L'attribution d'un droit d'usage exclusif de la "résidence familiale" à un conjoint non marié ayant la garde des enfants au Québec : comparaison avec les provinces de common law », (2014) 116 R. du N. 277.
58. Art. 522 C.c.Q. Voir : Chr. DUBREUIL et Br. LEFEBVRE, préc., note 57, 364; Chr. DUBREUIL, préc., note 46, à la page 235. Voir aussi : Christine MORIN, « Conjugalité et famille en droit québécois : vers un changement de paradigme dans l'intérêt de tous les enfants », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK et Louise LANGEVIN (dir.), *La personne*

Il faut s'attacher à la spécificité de l'idée selon laquelle la présence d'enfants engendre une interdépendance et une vulnérabilité chez leurs parents ou, du moins, aux propositions auxquelles elle donne lieu dans le discours québécois. Le Comité consultatif a filtré sa prémisse de l'incidence de l'éducation des enfants sur le couple—empiriquement corroborée—à travers une vision hautement traditionnelle de la famille. C'est ainsi que, dans une consécration surprenante de la famille nucléaire biogénétique⁵⁹, il a recommandé la restriction du régime parental proposé aux parents d'un enfant commun⁶⁰. Ses propositions ne toucheraient donc pas les familles recomposées ni les autres configurations familiales dépassant la triade classique de l'enfant rattaché à ses deux parents par des liens de filiation. Selon un auteur réputé, alors professeur de droit, en remplaçant «un critère catégoriel (le mariage) par un autre (l'enfant)», le Comité consultatif vient «réduire la vulnérabilité économique produite par le couple à un seul critère, formel», soit la présence d'un enfant commun⁶¹.

De plus, l'accent sur la présence d'un ou de plusieurs enfants apporte un nouvel élan à la robuste conception québécoise de l'autonomie (conception qui semble par ailleurs imperméable à l'influence de l'abondante littérature féministe portant sur l'autonomie dite «relationnelle⁶²»). Notamment, dans le discours québécois, cet accent s'accompagne parfois du constat selon lequel les enfants ne choisissent pas l'état matrimonial de ceux qui les mettent au monde⁶³. Ce constat, qui est indéniable, peut sembler réaliste, pragmatique et irréfutable du point de vue politique.

humaine, entre autonomie et vulnérabilité. *Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 415, à la page 439; Sylvie LÉVESQUE, «Le droit familial : un enjeu d'égalité!», Fédération des femmes du Québec, [En ligne], [www.ffq.qc.ca/2016/03/le-droit-familial-un-enjeu-degalite/] (24 mars 2022).

59. Régine TREMBLAY, «Quebec's Filiation Regime, the Roy Report's Recommendations, and the "Interest of the Child"», (2018) 31 *Rev. can. D. Fam.* 197, 241. Bien que le droit provincial reconnaisse la réalité de deux pères ou mères depuis 2002, le rapport Roy, préc., note 8, p. 93, s'appuie sur des images triangulaires qui lient «père», «mère» et «enfant».
60. Rapport Roy, préc., note 8, p. 90, 91 et 94.
61. Benoît MOORE, «La consécration de l'autonomie individuelle», *Bulletin de liaison de la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec*, vol. 40, n° 1, 2015, p. 6, à la page 7.
62. Voir par exemple: Catriona MACKENZIE et Natalie STOLJAR (dir.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, New York, Oxford University Press, 2000; Jennifer NEDELSKY, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012; Natalie STOLJAR et Kristin VOIGT (dir.), *Autonomy and Equality: Relational Approaches*, New York, Routledge, 2022.
63. Voir par exemple: D. GOUBAU, préc., note 54, à la page 48; Dominique GOUBAU, «Division of Family Assets and De Facto Conjugalit: The Limits of a Free Choice

Or, il vient évoquer une notion. Par exemple, selon une autrice chevronnée, il est compréhensible que le législateur « respecte le choix des conjoints qui ne sont ni mariés ni unis civilement, mais leurs enfants n'ont rien à voir avec ce choix⁶⁴ ». L'impossibilité de choix chez les enfants concernant les circonstances de leur conception est ainsi mise en opposition avec l'idée selon laquelle les parents choisissent leur état matrimonial de manière libre et éclairée. Cependant, comme nous l'avons noté dans la section 1.1, cette idée est de plus en plus remise en question.

La décision de centrer les données empiriques concernant les répercussions des enfants sur la situation économique des conjoints est certes louable. Or, ni la différenciation des couples selon la seule présence d'un enfant lié aux deux conjoints par la filiation, ni l'allusion au choix parental concernant l'état matrimonial n'en découlent nécessairement. Ce sont plutôt des choix, qui méritent d'être exposés et débattus davantage avant qu'ils ne deviennent les jalons d'une réforme du droit.

2 Les différences internes au droit québécois

Ce volet tourne son regard comparé vers certaines différences de traitement internes au droit québécois. D'une part, nous aborderons l'écart entre le traitement qu'octroient aux conjoints de fait les lois sociales et le droit privé. Plus précisément, nous mettrons en évidence des inexactitudes au sein de la justification gouvernementale avancée pour cette asymétrie (2.1). D'autre part, nous examinerons le contraste entre la réglementation protectionniste du contrat de mariage et le consensualisme lorsqu'il est question du contrat d'union de fait (2.2).

2.1 Une reconnaissance égale et bénéfique dans les lois sociales ?

De nombreuses lois sociales et fiscales traitent les conjoints de fait de la même manière que leurs homologues de droit : elles régissent alors des questions telles que l'aide sociale, l'impôt sur le revenu et l'indemnisation des accidents du travail. Appelé à se défendre devant l'argument voulant que la politique québécoise soit discriminatoire à l'encontre des conjoints de fait, le gouvernement a invoqué cette inclusion :

Le fait que le législateur québécois attribue depuis longtemps aux conjoints de fait les mêmes droits et avantages sociaux et fiscaux que ceux reconnus aux conjoints mariés dans leurs rapports avec des tiers démontre bien que, dans les

Approach», dans Bea VERSCHRAEGEN (dir.), *Family Finances. International Family Law*, Vienne, Jan Sramek Verlag, 2009, p. 271, à la page 278.

64. Chr. MORIN, préc., note 58, à la page 430. Voir aussi D. GOUBAU, Gh. OTIS et D. ROBITAILLE, préc., note 56, 37.

rapports de droit privé entre les parties au mariage, l'approche autonomiste du législateur québécois au *C.c.Q.* ne s'inscrit pas dans une perspective de négation de bénéfices fondée sur des stéréotypes ou sur des préjugés à l'effet que les conjoints de fait seraient moins dignes d'être respectés, ou que leur relation ne mérite pas le même respect et la même considération⁶⁵.

Or, cet énoncé est inexact, voire trompeur. Il obscurcit trois éléments qui minent le caractère positif de l'inclusion de l'union de fait dans les lois sociales, tandis qu'elle reste en marge du droit privé⁶⁶.

D'abord, l'affirmation selon laquelle on accorde aux conjoints de fait les mêmes droits et avantages sociaux et fiscaux qu'aux conjoints de droit n'est pas vraie. En effet, le régime public de retraite du Québec reproduit la « hiérarchie » du Code civil, qui place les conjoints de fait « en aval des conjoints mariés »⁶⁷. Par contraste avec le droit de l'époux du contributeur au régime, dans le cas de l'union de fait il offre le partage des gains comme moyen de résoudre les affaires financières en cas de rupture uniquement avec le consentement du conjoint contributeur⁶⁸. De plus, au décès du contributeur, le régime québécois priorise l'époux séparé du défunt aux frais de son conjoint de fait, à moins qu'un jugement en séparation de corps n'ait atténué le lien du mariage⁶⁹. Contrairement aux affirmations gouvernementales citées précédemment, le résultat pourrait bien être une « négation de bénéfices » selon laquelle les relations des conjoints de fait « seraient moins dignes d'être respecté[e]s, ou que leur relation ne mérite pas le même respect et la même considération » que celles qui sont dites de droit⁷⁰.

Ensuite, en ne faisant référence qu'aux « droits et avantages », le procureur général ne mentionne pas les inconvénients de l'inclusion dans les lois sociales⁷¹. La prise en considération de l'union de fait devient parfois un

65. Mémoire PGQ, préc., note 7, par. 8, p. 2 et 3.

66. Cette section s'inspire de notre étude : Robert LECKEY, « Cohabitation Law in Quebec : Confusing, Incoherent, and Unjust » (2022) 44 *Hous. J. Int'l L.* 331.

67. Dominique GOUBAU, « Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret », (1995) 74 *R. du B. can.* 474, 478.

68. *Loi sur le régime de rentes du Québec*, RLRQ, c. R-9, art. 102.10.3 a) et 102.10.4 al. 2.

69. D. GOUBAU, préc., note 54, à la page 57. Voir la *Loi sur le régime de rentes du Québec*, préc., note 68, art. 91 b). Voir aussi la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, RLRQ, c. R-15.1, art. 85 (le conjoint de fait peut être reconnu seulement lorsque le participant n'est ni marié ni uni civilement).

70. Voir le texte qui est accompagné de la note 65.

71. Cette approche sélective n'est par ailleurs pas le propre du procureur général. Voir, par exemple : Alain ROY, « L'union de fait en droit français et belge : une politique législative aux antipodes du droit québécois », dans Générosa BRAS MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici. Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 143, à la page 145 (dans plusieurs sphères juridiques, les conjoints de

«facteur pénalisant⁷²» — un exemple de la «privation par la reconnaissance⁷³» —, surtout chez les couples moins fortunés. Par exemple, le gouvernement réduit les prestations sous condition de ressources en fonction du revenu du ménage, vraisemblablement en supposant que les conjoints de fait mettent leurs ressources en commun et bénéficient d'une économie d'échelle domestique⁷⁴. De plus, si l'administration publique verse trop de prestations à l'un des partenaires, les conjoints deviennent solidairement responsables du remboursement⁷⁵. Contrairement aux conjoints de droit, reconnus tant par le droit privé que par les lois sociales, les conjoints de fait se retrouvent couverts par ces dernières sans profiter de la contrepartie matrimoniale qu'est la solidarité familiale rendue exécutoire par le Code civil⁷⁶. Voilà un exemple net de l'«incohérence» dans «l'absence d'arrimage» entre le droit privé du Code civil et le droit social et fiscal qu'a souligné le Comité consultatif, tout en soutenant que son mandat se limitait au Code civil⁷⁷.

Enfin, en contradiction avec les aveux de non-ingérence et de respect de l'autonomie, certaines lois sociales tiennent compte de l'union de fait sans le consentement des conjoints, tout en leur refusant la possibilité de s'y soustraire. Certes, les individus qui en ont les moyens peuvent contester les faits qui conduisent à les qualifier de conjoints de fait, dont la durée de

fait pouvant «prétendre aux mêmes avantages que les conjoints mariés»); J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, n° 374, p. 536 (la législation ayant accordé aux conjoints de fait «des droits similaires» relativement à ceux des époux).

72. D. GOUBAU, préc., note 54, à la page 53. Voir aussi Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 172.

73. Erez ALONI, «Deprivative Recognition», (2014) 61 *U.C.L.A. L. Rev.* 1276.

74. Voir la *Loi sur l'aide financière aux études*, RLRQ, c. A-13.3, art. 2 («conjoint»), 3, 5, 14 (1) et 34.

75. *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, RLRQ, c. A-13.1.1, art. 89, al. 1.

76. Art. 392 et 585 C.c.Q. Pour un jugement ontarien qui a reconnu de la discrimination lorsque le régime d'aide sociale réduisait des avantages sociaux sur la foi d'une définition de l'union de fait qui était plus vaste que celle qu'utilisait la loi imposant une obligation alimentaire aux conjoints de fait, voir l'affaire *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services, Income Maintenance Branch)*, [2002] O.J. n° 1771, 59 R.J.O. (3^e) 481 (C.A.) (autorisation de pourvoi accordée C.S.C. 2003-03-20, 29294; appel abandonné).

77. Rapport Roy, préc., note 8, p. 9; voir aussi l'annexe V («Harmonisation du droit social et fiscal avec le droit privé de la famille»), p. 527.

leur cohabitation ou le caractère conjugal de cette dernière⁷⁸. Toutefois, dès que les conditions statutaires sont réunies, la qualification de « conjoint de fait » se rattache impérativement, et personne ne peut écarter la présomption de partage des ressources⁷⁹. Or, des rédacteurs législatifs qui auraient souhaité réellement « laisse[r] place à l'autonomie des conjoints d'organiser leurs rapports mutuels comme bon leur semble⁸⁰ » auraient pu rendre réfutables les présomptions d'interdépendance et de partage. Ainsi, les conjoints auraient pu démontrer qu'ils conservent leurs biens séparément ou déposer une déclaration d'indépendance financière⁸¹. Bref, le législateur est infidèle à son propre engagement à respecter la capacité des conjoints de fait de déterminer les conséquences juridiques de leur situation conjugale, sans ingérence.

2.2 Les contrats entre conjoints

Nous exposerons maintenant le contraste entre la réglementation des contrats de mariage et celle des contrats d'union de fait. L'approche liée au contrat d'union de fait qui est favorisée par le Comité consultatif semble trahir les préoccupations qui animent l'encadrement du contrat de mariage. Le point de départ est que le contrat d'union de fait (ou de vie commune ou de cohabitation) est un contrat innommé⁸². Assujetti ainsi au régime

78. Les critères pour être considéré comme un « conjoint » incluent la cohabitation pendant un an selon la *Loi sur les impôts*, RLRQ, c. I-3, art. 2.2.1 (a); *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, préc., note 75, art. 22 (3); et la cohabitation pendant trois ans, réduite à un an s'il y a un enfant commun (*Loi sur le régime de rentes du Québec*, préc., note 68, art. 91 b), et *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, préc., note 69, art. 85 (2)). De plus, afin de se qualifier comme une union de fait, la relation doit être « conjugale » ou « maritale » selon des « facteurs contextuels » de la jurisprudence : *Comité de retraite du régime de retraite du personnel de l'Université Laval c. Marois*, 2016 QCCS 5890, par. 68.

79. Précisons que l'« interprétation libérale de la notion de conjoint », selon laquelle « aucun de ces facteurs n'a préséance » (*Comité de retraite du régime de retraite du personnel de l'Université Laval c. Marois*, préc., note 78, par. 65 et 69), fait en sorte qu'une relation peut se qualifier d'union de fait sans une importante mise en commun ou partage des revenus. De plus, une mise en commun par le passé n'en assure pas une dans l'avenir, d'autant que dans l'union de fait il n'y a aucune obligation civile réciproque, par contraste avec le cas de l'union de droit.

80. Mémoire PGQ, préc., note 7, par. 5, p. 2.

81. Robert LECKEY, « Strange Bedfellows », (2014) 64 *U.T.L.J.* 641, 662.

82. *Couture c. Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.), par. 35; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, n° 380, p. 557; Fr. ALLARD et autres, préc., note 3, s.v. « Convention de cohabitation », p. 31.

de base du Code civil⁸³, le contrat d'union de fait est consensuel⁸⁴. Consé-
quemment, il peut «être formé verbalement, voire tacitement⁸⁵».

Le Comité consultatif a recommandé de «faire du contrat d'union de fait un contrat “nommé” en bonne et due forme⁸⁶», afin de le «démystifier» et «démocratiser»⁸⁷. Dans un souci d'en encourager l'appropriation «de manière conviviale», sans «aucune barrière susceptible» d'y limiter l'accès, il conseille «de ne pas soumettre la validité du contrat d'union de fait à des conditions de forme»⁸⁸. De manière positive—sinon naïvement optimiste—, il semblait comprendre le contrat d'union de fait comme «un instrument qui vise non pas à soustraire les conjoints à des protections, mais à leur permettre d'en bénéficier⁸⁹»; «le contrat d'union de fait ajoute des droits et des obligations, alors que le contrat de mariage a également pour objectif d'en retrancher⁹⁰». Or, l'opportunité de recourir au contrat d'union de fait dans un contexte donné doit s'évaluer en tenant compte de sa nature «somme nulle»: tout comme le contrat de mariage, celui d'union de fait peut fort bien priver un signataire d'un avantage qui lui reviendrait autrement selon le droit commun⁹¹. S'impose donc un rappel des réclamations potentielles auxquelles le signataire peut renoncer en concluant un contrat d'union de fait.

83. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n^{os} 134-137, p. 70-72; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 57, p. 86; Vincent KARIM, *Les obligations*, 5^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, n^{os} 520, 526 et 529, p. 225, 227 et 228.

84. Art. 1385, al. 1, et 1386 C.c.Q.

85. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 83, n^o 90, p. 146. Voir aussi: Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n^{os} 57 et 58, p. 57, 58, 81 et 82; Fr. ALLARD et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues: Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, s.v. «Consensualisme», p. 70. Pour une discussion des ententes tacites reconnues entre conjoints de fait, voir Michel TÉTRAULT, «De choses et d'autres en droit de la famille – La jurisprudence récente en droit familial 2019-2020», dans S.F.C.B.Q., vol. 477, *Développements récents en droit familial (2020)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 259, aux pages 431-434.

86. Rapport Roy, préc., note 8, p. 147.

87. *Id.*, p. 148.

88. *Id.*

89. *Id.*

90. *Id.*, p. 190.

91. Helen REECE, «Leaping without Looking», dans Robert LECKEY (dir.), *After Legal Equality: Family, Sex, Kinship*, Milton Park, Routledge, 2015, p. 115, à la page 126: «Every agreement is worse than no agreement for one and better than no agreement for the other».

Malgré l'abstention législative d'étendre aux conjoints de fait certaines protections économiques du droit privé de la famille, la magistrature s'est servie du droit commun des obligations pour pallier les conséquences de leur situation. Le recours au contrat de la société en participation étant restreint par l'exigence de prouver l'élément psychologique caractéristique d'une société⁹², la demande en enrichissement injustifié «est devenue la bouée financière du conjoint de fait qui a permis à l'ex-conjoint de s'enrichir⁹³». Ce développement s'est poursuivi, malgré le «caractère plutôt aléatoire et couteux» de ce recours⁹⁴.

Inspirée par la jurisprudence élaborée par la Cour suprême dans des litiges issus des provinces de common law⁹⁵, la Cour d'appel du Québec a fait siennes les présomptions de corrélation entre enrichissement et appauvrissement, et de l'absence de motifs à l'enrichissement⁹⁶. Elle a ensuite déclaré qu'une union de fait qui se qualifie de «coentreprise familiale» peut donner lieu à un enrichissement injustifié duquel la restitution se mesurerait à partir de la «valeur accumulée» aux mains du défendeur⁹⁷.

-
92. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; Brigitte LEFEBVRE, «Union de fait», dans *JurisClasseur Québec*, coll. «Droit civil», *Personnes et famille*, fasc. 28, Montréal, LexisNexis Canada, n° 37, à jour au 1^{er} juillet 2021; Christine MORIN, «La société tacite: quand les affaires se conjuguent avec l'amour», (2008) 110 *R. du N.* 825.
93. Michel TÉTRAULT, «De choses et d'autres en droit de la famille – La jurisprudence marquante en droit de la famille 2020-2021», dans S.F.C.B.Q., vol. 496, *Développements récents en droit familial (2021)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 137, à la page 385.
94. D. GOUBAU, préc., note 54, à la page 45. Pour sa part, le Comité consultatif a souligné les «très nombreux défis» liés au recours en enrichissement injustifié dans le contexte de l'union de fait, «notamment en ce qui a trait à la preuve exigible» (rapport Roy, préc., note 8, p. 151). D'ailleurs, il a proposé d'élargir aux conjoints de fait – même sans enfant commun – le droit de réclamer une prestation compensatoire, actuellement réservé aux conjoints de droit (art. 427 C.c.Q.), dans le souci «d'achever le processus de rapprochement amorcé par les tribunaux» entre cet élément du droit matrimonial et le recours en enrichissement injustifié du droit commun des obligations (p. 152). Sur la difficulté à «extraire la prestation compensatoire de l'ensemble des mesures du droit de la famille sans la dénaturer et sans rendre inutile la jurisprudence en la matière depuis presque quarante ans», compte tenu du fait que d'autres éléments du droit matrimonial – notamment l'obligation de contribuer aux charges du mariage (art. 396 C.c.Q.) – resteraient l'apanage des conjoints de droit, voir toutefois Laurence SAINT-PIERRE HARVEY, «Prestation compensatoire et union de fait en droit québécois: étude critique du discours judiciaire», (2018) 31 *Rev. can. D. Fam.* 127, 173 et 174.
95. *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Kerr c. Baranow*, [2011] 1 R.C.S. 269, 2011 CSC 10.
96. *M.B. c. L.L.*, [2003] R.D.F. 539 (C.A.); P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 83, n° 551, p. 642 et 643; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 83, n° 1406.1, p. 760; V. KARIM, préc., note 83, n° 273, p. 1790 et 1791.
97. *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586; *Droit de la famille – 201878*, 2020 QCCA 1587. Voir Robert LECKEY, «L'enrichissement injustifié, l'union de fait et l'emprunt à la common law dans le droit mixte du Québec», (2018) 59 *C. de D.* 585.

La Cour d'appel a donc « un peu assoupli les critères d'application du recours en enrichissement injustifié en cas de rupture de certaines unions de fait⁹⁸ ». Ainsi, les ouvrages en matière de droit familial incluent dorénavant certains éléments du droit des obligations, tandis que ceux qui sont consacrés à ce dernier s'intéressent, au moins brièvement, à l'union de fait⁹⁹.

Vu l'importance croissante du recours en enrichissement sans cause, le contrat d'union de fait déroge à une toile de fond qui est loin d'être un vide juridique. Il s'avère donc crucial de reconnaître qu'un contrat qui « réglait la plupart des aspects patrimoniaux de la vie commune des parties » peut faire obstacle à une demande d'enrichissement injustifié¹⁰⁰, en servant de « justification de l'enrichissement ou de l'appauvrissement¹⁰¹ ». À la lumière de cette possibilité, et du point de vue du conjoint potentiellement vulnérable, ou plutôt de la conjointe, la prise de position en faveur de « l'absence de formalité préalable à la formation d'un contrat de vie commune¹⁰² » paraît forcément moins bienveillante.

D'ailleurs, ce consensualisme vient contraster fortement avec l'encadrement législatif des actes juridiques que signent les conjoints de droit. Sur le fond, le régime matrimonial primaire—qui inclut les protections de la résidence familiale, le régime du patrimoine familial et la prestation compensatoire—est impératif¹⁰³. Sur la forme, tout contrat de mariage (ou d'union civile) doit se faire par acte notarié en minute, à peine de nullité

98. Louise LANGEVIN, « Une histoire privée et du privé : conjointes de fait, exploitation et libre choix. L'enrichissement injustifié revisité à la lumière de la décision de la Cour d'appel », dans C. LANDHEER-CIESLAK et L. LANGEVIN (dir.), préc., note 58, p. 299, à la page 328. Selon cette autrice, ce recours, même assoupli, « restera marginal », notamment parce qu'il est élaboré au travers du cas de figure de la femme au foyer, « une espèce en voie de disparition » (p. 329). Qui plus est, dans l'affaire *Droit de la famille-201878*, préc., note 97, « la Cour mentionne expressément qu'il y a lieu de se garder d'adopter une lecture trop libérale des facteurs énoncés par la Cour suprême dans *Kerr* », appelant à « une très grande prudence en la matière en voulant éviter de créer une société d'acquêts entre les conjoints de fait » : M. TÉTRAULT, préc., note 93, aux pages 425 et 443.

99. Robert LECKEY et Yann FAVIER, « Cohabitation's Boundaries and the Confines of Tradition », (2016) 25 *Soc. Leg. Stud.* 525, 532.

100. *H.H.G. c. J.C.*, 2011 QCCQ 4578, par. 61. Voir aussi : *St-Louis c. Martel*, 2006 QCCS 5155, par. 44 ; *Tanguay c. Zicat*, 2020 QCCS 3725, par. 44. De l'Ontario, voir l'affaire *Gallacher v. Friesen*, 2014 ONCA 399.

101. Art. 1494 C.c.Q. ; voir P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 83, n° 547, p. 637 : « [L]'enrichissement doit donc être sans raison juridique, c'est-à-dire sans justification légale ou conventionnelle ».

102. L. SAINT-PIERRE HARVEY, préc., note 94, 169.

103. Art. 391 C.c.Q. ; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 2, n°s 105 et 149, p. 130, 200 et 201.

absolue, et être publié¹⁰⁴. En outre, à la fin de l'union, le conjoint de droit ne peut renoncer à ses droits portant sur le patrimoine familial et sur les acquêts de l'autre conjoint que par acte notarié en minute¹⁰⁵. De telles renonciations peuvent être annulées pour cause de lésion¹⁰⁶, qui ne peut normalement vicier le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés¹⁰⁷. L'imposition de formalités pourrait poursuivre plusieurs objectifs¹⁰⁸, dont l'assurance d'une preuve appropriée¹⁰⁹, la protection de l'intérêt des tiers¹¹⁰, la conscientisation des signataires au sérieux des engagements stipulés¹¹¹ et la vérification de la qualité du consentement¹¹². Il est néanmoins difficile de résister à l'interprétation selon laquelle cet ensemble de dispositions témoigne d'une méfiance législative à l'égard de l'autonomie et de la liberté contractuelle dans le contexte conjugal, ou du moins dans le cas d'unions reconnues par le droit, pour ne pas dire légitimées par celui-ci.

Pourquoi les préoccupations qui ont amené le législateur à encadrer ainsi les actes juridiques conséquents par les conjoints de droit ne s'appliqueraient-elles pas aussi à ceux des conjoints de fait ? En particulier, l'ouverture exceptionnelle à la lésion semble tenir compte des rapports de force inégaux et des déficiences informationnelles entre époux. Autrement dit, « [s]i la volonté dans le mariage ne permet pas d'établir librement les règles, il est pour le moins curieux que la volonté de vivre en union de fait le puisse¹¹³ ». En Ontario, par exemple, la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille*, consacrée aux « contrats familiaux », régit l'accord de cohabitation aux côtés, entre autres, du contrat de mariage et de l'accord de

104. Art. 440 et 442 C.c.Q. ; M.D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 72, p. 157. Les membres du Comité consultatif se sont avérés unanimement favorables au maintien de la formalité du contrat de mariage (rapport Roy, préc., note 8, p. 189).

105. Art. 423, al. 2 et 469, al. 1 C.c.Q.

106. Art. 424 et 472 C.c.Q.

107. Art. 1405 C.c.Q. ; D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 83, n° 794, p. 398 et 399.

108. Lon L. FULLER, « Consideration and Form », (1941) 41 *Colum. L. Rev.* 799.

109. Hervé ROCH, *Traité de droit civil du Québec*, t. 5 « Donations, testaments, legs, exécuteurs testamentaires », Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 92.

110. John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, n° 381, p. 361.

111. Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 455 ; voir aussi Philippe MALAURIE et Claude BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2022, n° 226, p. 190.

112. Germain BRIÈRE, *Les libéralités. Donations, testaments, substitutions et fiducie*, 8^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, n° 150, p. 97 et 98.

113. Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans G. BRAS MIRANDA et B. MOORE (dir.), préc., note 71, p. 97, à la page 122.

séparation¹¹⁴. Selon ce régime, l'accord de cohabitation, comme tout autre contrat familial, est inexécutable, à moins qu'il ne soit fait par écrit et signé par les parties devant témoins¹¹⁵. De plus, un tel contrat peut être annulé pour manque de divulgation financière, si une partie n'en a pas compris la nature ou les conséquences, ou pour motif d'iniquité (*unconscionability*) (cousin de common law de la lésion)¹¹⁶. Assurément, un sain respect de la spécificité du droit civil et de la structure du Code civil écarte d'emblée toute suggestion selon laquelle cette approche pourrait être simplement l'objet d'un copier-coller au Québec. Néanmoins, le constat de cette catégorie inclusive de contrats familiaux — ajouté aux interrogations scientifiques — peut inciter à une réflexion approfondie¹¹⁷.

Conclusion

Le regard comparé au travers du présent texte nous permet de nous distancier de certaines idées ou approches familières, voire de les rendre étrangères à nos yeux. Notre survol des textes des organismes féministes a révélé des rapports variables entre les revendications militantes et les analyses scientifiques, d'une part, et la politique législative en matière d'union de fait, d'autre part. Dans les provinces de common law, il y a un consensus de longue date, chez les autrices féministes, concernant les bénéfices liés à une assimilation des conjoints de fait aux époux sous le droit privé de la famille. L'écart entre ce consensus et le droit s'est rétréci au fur et à mesure que certains législateurs ont étendu le partage de biens familiaux aux conjoints de fait¹¹⁸. En revanche, au Québec, l'approche de

114. *Loi sur le droit de la famille*, préc., note 55, art. 51-60.

115. *Id.*, art. 55 (1).

116. *Id.*, art. 51 (« contrat familial »), 55 (1) et 56 (4).

117. Quoi qu'en fasse éventuellement le législateur, la magistrature pourrait délimiter la portée du contrat d'union de fait prudemment, c'est-à-dire que le tribunal se doit donc de faire attention à la qualification selon laquelle l'enrichissement est justifié par un contrat, « pourvu qu'il se situe à l'intérieur du champ de ce dernier » : D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 83, n° 1407, p. 762. Ainsi, l'accord des conjoints de garder leurs biens respectifs séparés ne devrait pas transformer en une obligation contractuelle le travail non rémunéré de l'un au profit de l'autre. Rappelons que les conjoints de droit élisent la séparation conventionnelle de biens « par la simple déclaration faite à cet effet », bien qu'aucun contrat de mariage ne puisse éteindre le droit de réclamer une prestation compensatoire (art. 485 et 391 C.c.Q.).

118. Si les législateurs dans les provinces de common law ne s'étaient pas vus comme obligés à agir ainsi, en raison du rejet des contestations menées en vertu de la Charte canadienne dans les affaires *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, et *Québec (Procureur général) c. A.*, préc., note 7, les dissidences percutantes signées dans ces affaires par les juges L'Heureux-Dubé et Abella, respectivement, auraient pu exercer une influence à leur égard.

laisser-faire a longtemps joui d'un fort appui féministe¹¹⁹. Celui-ci misait sur des conceptions de l'autonomie et du choix semblables à celles des instances gouvernementales. Or, avec le temps, l'appui féministe envers la politique législative s'est effrité. Selon les textes plus récents des organismes militants et des chercheuses féministes, ni l'autonomie ni le libre choix éclairé de l'union de fait ne justifient le *statu quo*. Bien entendu, le législateur n'est pas obligé de se plier aux recommandations issues des voix féministes. Il n'en demeure pas moins que ses choix concernant l'union de fait, en 1980—tout comme celui qui a trait à la création du patrimoine familial pour les époux, en 1989—, s'harmonisaient beaucoup plus avec les recommandations féministes que ne le font ses orientations contemporaines. Notre démarche comparative minoritaire a également mis en exergue la spécificité des conclusions qu'a tirées le Comité consultatif des données qui démontrent l'effet de la présence des enfants au sein du couple. C'est dès lors un choix, pour le moins discutable, d'en déduire une distinction entre le couple dont les conjoints sont liés par la filiation à un enfant commun et toute autre union conjugale.

À la lumière de la comparaison que nous avons effectuée grâce aux ressources internes au droit québécois, nous avons pu constater que la description et la justification avancées par le gouvernement concernant l'asymétrie de traitement réservé aux conjoints de fait par les lois sociales et le droit privé sont inexactes, voire trompeuses. L'inclusion des conjoints de fait dans les lois sociales sans leur reconnaissance dans le droit privé ne leur impose pas juste des « avantages ». En outre, elle contredit l'objectif avoué de leur laisser la liberté d'organiser leurs rapports mutuels à leur gré. Enfin, les propositions de promouvoir le contrat d'union de fait, tout en maintenant le consensualisme, soulèvent des interrogations. En effet, de tels contrats risquent d'aggraver la vulnérabilité engendrée par l'union de fait et les préoccupations ayant mené à l'encadrement du contrat de mariage pourraient y jouer un rôle.

119. Un examen approfondi de la question tiendrait nécessairement compte de facteurs religieux et politiques. L'approche de laisser-faire envers l'union de fait est cohérente tant avec l'emphase libérale sur l'autonomie et la liberté de choix, admissible dans une société dite laïque, qu'avec la condamnation religieuse des rapports hors mariage. De plus, de robustes politiques familiales auraient pu amoindrir les désavantages économiques qui découleraient autrement de l'absence d'obligations entre conjoints de fait. Voir par exemple : R. TREMBLAY, préc., note 47, aux pages 164-171 ; R. LECKEY, préc., note 14, 396-397.

Si nos regards croisés sur l'union de fait en droit québécois ne nous emmènent pas vers une « approche idéale » à privilégier¹²⁰, ils peuvent toutefois nous rappeler que les politiques et les justifications que la société se raconte à leur sujet ne sont ni naturelles ni nécessaires. Au contraire, ce sont des choix révisables. D'ailleurs, les inexactitudes et les incohérences repérées au fil de notre texte pourraient signaler l'opportunité de repenser les grandes notions dominant le discours officiel québécois relativement à l'union de fait. Après tout, le Québec n'a-t-il pas droit à une politique dans ce domaine qui repose sur des assises plus solides ?

120. Au sujet de la démarche méthodologique dite fonctionnelle, voir: Béatrice JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective », (2005) 57 *R.I.D.C.* 29, 39-41 ; Ralf MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law », dans Mathias REIMANN et Reinhard ZIMMERMAN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 345.