

---

# *Le contrat en contexte d'intimité*

---

**Alain Roy\***

---

Lorsqu'on réfléchit sur les modes d'organisation juridique des rapports privés que sont appelées à entretenir les personnes engagées dans une relation étroite à forte teneur d'interdépendance économique et affective, le contrat ne s'impose pas d'emblée. Tel que conceptualisé par la théorie juridique classique, le modèle contractuel semble peu compatible avec l'intimité et la confiance qui caractérisent généralement ce type de relations.

De nouvelles conceptions du contrat peuvent toutefois être proposées sur la base de perspectives théoriques contemporaines. Le contrat n'est pas qu'un instrument de coercition judiciaire sous la menace duquel une partie acceptera de respecter ses engagements. Au-delà des paradigmes dominants et des idées reçues, on peut également y voir le plan d'organisation et de planification d'une relation durable et profitable, apte à répondre aux différents besoins de régulation des partenaires, quel que soit le registre normatif auquel appartiennent ces besoins. Balisé par un environnement législatif bien défini, le contrat peut favoriser l'établissement d'un cadre ajusté aux contours de chaque relation, dans le respect des valeurs d'égalité, de justice et de liberté qui caractérisent la société canadienne.

When we reflect on the modes of juridical organization of private relations that seek to maintain persons engaged in close relations of economic and emotional interdependence, the contract is not a natural choice. As conceptualized by classical legal theory, the contractual model hardly seems compatible with the intimacy and trust that characterize these relations.

New conceptions of the contract can be proposed based on contemporary theories. The contract is not merely an instrument of judicial coercion by which a party accepts to respect his or her promises. Beyond dominant paradigms and "received ideas", we can envision the organization and planning of a lasting and profitable relation, capable of responding to the different needs of partners, regardless of the normative sphere to which these needs belong. Marked out by a well-defined legislative environment, the contract can favour the establishment of a sphere adjusted to the contours of each relationship, with respect for the values of equality, justice, and liberty that characterize Canadian society.

---

\* LL.D. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Ce texte constitue une version remaniée d'un mémoire soumis à la Commission du droit du Canada, en exécution d'un contrat de services professionnels. Je remercie les autorités de la Commission d'en avoir permis la publication. Il va de soi que les opinions émises et la proposition qui en découle n'engagent que ma responsabilité personnelle et ne prétendent d'aucune façon exprimer le point de vue de la Commission. Je tiens également à remercier les professeurs Jean-Guy Belley et Louise Rolland pour leurs précieux commentaires.

© Revue de droit de McGill 2002

McGill Law Journal 2002

Mode de référence : (2002) 47 R.D. McGill 855

To be cited as: (2002) 47 McGill L.J. 855

---

## **Introduction**

### **I. Le cadre théorique**

### **II. Les objets**

### **III. Les perspectives normatives**

### **IV. Le positionnement professionnel**

### **V. L'environnement législatif**

*A. L'aménagement d'une zone de liberté contractuelle*

*B. L'aménagement de balises relationnelles*

*C. L'aménagement d'un régime légal supplétif*

## **Conclusion**

---

## Introduction

Les relations intimes que nous développons et entretenons au cours de notre existence participent à la construction de notre identité et consolident généralement notre appartenance à la collectivité<sup>1</sup>. En raison du degré d'intimité qui les anime et des sentiments qu'elles sollicitent, ces relations sont habituellement source d'épanouissement, de bonheur et de réconfort. Si certaines relations se vivent en toute spontanéité, sans aucune forme d'organisation ou de soutien, d'autres, au contraire, nécessitent un minimum d'encadrement et de structure. Tel est le cas des relations qui impliquent une réelle dynamique d'interdépendance affective et économique et qui, règle générale, supposent une certaine forme de cohabitation entre les personnes concernées.

Le mariage et l'union de fait illustrent parfaitement ce type de relations. Ils en constituent même l'archétype. Cependant, l'interdépendance et la cohabitation ne sont pas l'apanage exclusif des conjoints mariés ou unis de fait ; d'autres relations étroites se déroulent sous le même toit et génèrent un degré d'interdépendance très élevé. Pensons simplement aux deux sœurs qui vivent dans le même logis ou à l'enfant adulte qui reste auprès de sa vieille mère. Sans partager le sentiment amoureux qui réunit normalement les conjoints, ces personnes peuvent être appelées à assurer mutuellement la satisfaction de leurs besoins respectifs, dans une réelle dynamique d'interdépendance. Malgré cette caractéristique commune, les relations à forte teneur d'interdépendance ne jouissent pas toutes d'une reconnaissance juridique équivalente. L'État s'intéresse de façon toute particulière aux relations de type conjugal mais néglige les autres.

Ainsi, le mariage est élevé au rang de statut, voire d'institution, et fait depuis toujours l'objet d'une réglementation étatique très étroite<sup>2</sup>. Sans jouir d'une même consécration socio-juridique, l'union de fait constitue aujourd'hui un mode de vie auquel les législateurs accordent de plus en plus d'importance et reconnaissent de plus en plus d'effets. La plupart des lois à caractère social, provinciales et fédérales, assi-

---

<sup>1</sup> Voir Commission du droit du Canada, *La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes — Document de discussion*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2000 à la p. 9, en ligne : Commission du droit du Canada <<http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/paper.asp>> (date d'accès : 18 octobre 2002).

<sup>2</sup> Pour un aperçu général des règles juridiques régissant le mariage au fédéral et dans les provinces et territoires canadiens, voir M. Bailey, "Le mariage et les unions libres", Ottawa, Commission du droit du Canada, 2002, ann. A, en ligne : Commission du droit du Canada <[http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/bailey/bailey\\_main.asp](http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/bailey/bailey_main.asp)> (date d'accès : 18 octobre 2002) [ci-après Bailey, «Mariage»].

milent les conjoints de fait hétérosexuels et homosexuels aux conjoints mariés pour les fins de leur application et certaines législations provinciales leur attribuent différentes prérogatives traditionnellement associées au mariage<sup>3</sup>. Récemment, la Nouvelle-Écosse et le Québec ont suivi l'exemple de certains états étrangers en instaurant un système de partenariat civil permettant à l'ensemble des conjoints de fait d'obtenir, sur enregistrement, un statut juridique quasi équivalent à celui des couples mariés<sup>4</sup>.

Quant aux relations non conjugales, elles figurent depuis toujours au rang des phénomènes marginalisés par le droit. La relation d'interdépendance des sœurs qui partagent le même logis, de même que celle de l'enfant majeur qui demeure auprès de sa mère, sont peu considérées par l'État. En d'autres termes, les législateurs ne sont pas encore intervenus pour soutenir et encadrer fermement l'interdépendance entre les personnes engagées dans des relations non conjugales, que ce soit à travers la mise en place de véritables politiques ou programmes sociaux ou par l'attribution de droits comparables à ceux dont bénéficient les conjoints entre eux<sup>5</sup>.

Au cours de l'automne 2000, la Commission du droit du Canada a entamé une vaste consultation publique sur le rôle de l'État à l'égard des relations personnelles étroites entre adultes et, plus spécifiquement, sur les valeurs qui doivent guider toute réforme législative sur le sujet<sup>6</sup>. Le présent texte sur le contrat en contexte d'intimité

---

<sup>3</sup> Pour un aperçu général des règles juridiques régissant l'union de fait hétérosexuelle et homosexuelle au fédéral et dans les provinces et territoires canadiens, voir «Mariage», *ibid.*, ann. B et C.

<sup>4</sup> Voir *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, c. 9 : *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles en matière de filiation*, L.Q. 2002, c. 6 [ci-après *Loi instituant l'union civile*]. Pour une réflexion sur les enjeux que soulève l'union civile québécoise, voir A. Roy, «Partenariat civil et couples de même sexe : la réponse du Québec» (2001) 35 R.J.T. 663 [ci-après Roy, «Couples de même sexe»].

<sup>5</sup> Pour un aperçu général des règles juridiques régissant les relations non conjugales au fédéral et dans les provinces et territoires canadiens, voir Bailey, «Mariage», *supra* note 2, ann. D.

<sup>6</sup> Le document de discussion publié par la Commission au mois de mai 2000 énonce les orientations de la recherche entreprise en ces termes :

Ce document de discussion aborde la question des rapports personnels étroits entre adultes. La Commission du droit a constaté que les adultes établissent, pour une foule de raisons, des rapports personnels étroits entre eux, et que ces rapports présentent également une grande diversité. Ce document examinera donc les prémisses et les objectifs qui sous-tendent les dispositions législatives actuelles régissant ces rapports, en amorçant une réflexion sur les raisons qui justifient l'intervention du législateur de régler les rapports de nature personnelles entre adultes. Les solutions actuelles retenues par le Parlement en matière de reconnaissance et de soutien des rapports personnel entre adultes ne correspondent pas toujours aux attentes de la société à cet égard.

s'inscrit dans ce large mouvement de réflexion. Dans sa volonté de réformer le droit, l'État doit non seulement revoir ses politiques et ses programmes sociaux à la lumière des orientations dégagées, il doit également s'intéresser aux modes d'organisation juridique des rapports privés que sont appelées à entretenir les personnes engagées dans une relation étroite<sup>7</sup>.

À cet égard, le modèle contractuel présente un potentiel très intéressant. Instrument de normativité privée, le contrat permet l'établissement d'un cadre de régulation ajusté aux contours de chaque relation. Balisé par un environnement juridique bien défini, il peut assurer une reconnaissance et un soutien adéquats aux relations de nature personnelle, tout en préservant les valeurs d'égalité et d'autonomie qui en constituent le fondement. Le présent texte démontrera l'intérêt du contrat comme mode d'organisation et de planification des relations étroites, qu'elles soient ou non de nature conjugale. Je présenterai d'abord le cadre théorique du modèle contractuel préconisé. J'en décrirai ensuite les objets et les perspectives normatives. Enfin, je tenterai de définir le positionnement professionnel qu'impliquerait le déploiement d'un tel modèle et l'environnement législatif au sein duquel il pourrait adéquatement se développer.

## I. Le cadre théorique

Dans l'imaginaire collectif, le contrat est généralement synonyme de froide rationalité. On le perçoit comme un instrument défensif, un mode de protection derrière lequel les parties contractantes pourront se retrancher au moment opportun. En fait, on se représente le contrat comme le document solennel, rigide et inflexible, sous la menace duquel une partie acceptera ultimement de respecter ses engagements.

Cette conception du contrat tire ses origines de la théorie juridique classique<sup>8</sup> selon laquelle le contrat se définit comme un accord de volonté destiné à créer des effets juridiquement obligatoires<sup>9</sup>. En d'autres termes, le contrat équivaut à l'ensemble de

---

Commission du droit du Canada, *supra* note 1 à la p. iii. Le rapport final de la Commission a été remis à la ministre de la Justice du Canada le 21 décembre 2001.

<sup>7</sup> On aura compris qu'il s'agit ici de l'État provincial. En effet, suivant l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, ce sont les provinces qui ont le pouvoir d'adopter des lois relatives à la propriété et aux droits civils.

<sup>8</sup> Par théorie classique du contrat, je réfère à la «doctrine, reçue et généralement véhiculée par les juristes y compris les tribunaux, telle qu'elle se reflète dans les grands traités québécois et français sur les obligations» : L. Rolland, «Les figures contemporaines du contrat» (1999) 44 R.D. McGill 903 à la p. 909 à la note 12.

<sup>9</sup> Voir J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1988 à la p. 28 ; D. Lluellas et B. Moore, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Thémis, 1998 à la p. 57 ;

promesses, légales et licites, pour l'inexécution desquelles la loi prévoit une sanction judiciaire. Ainsi conceptualisé, le contrat prend tout son sens lorsque survient un défaut<sup>10</sup>. Du coffret de sûreté où il aura été immédiatement rangé après avoir été conclu, le contrat sera dès lors acheminé au procureur dont la mission sera de faire triompher les droits de la partie qu'il représente, tels qu'ils auront été cristallisés au moment de l'échange des consentements.

Certes, une telle conception du contrat ne saurait convenir à des personnes engagées dans une relation étroite, soucieuses de se doter d'un certain encadrement juridique. Comment des conjoints ou deux sœurs partageant leur quotidien pourraient-ils s'enfermer à l'intérieur d'un cadre fixe alors que leur relation est appelée à évoluer avec les années et les événements ? Comment pourraient-ils se percevoir comme des adversaires en devenir et convenir d'un pacte dont la sanction judiciaire constitue, à toutes fins utiles, la finalité première ? Manifestement, les liens amoureux, fraternels, familiaux ou amicaux que nourrissent, l'une à l'égard de l'autre, les personnes engagées dans une relation étroite ne peuvent s'accommoder du climat de suspicion et de méfiance que suppose cette conception limitée du contrat.

Le contrat ne peut toutefois être défini à partir d'un seul et même paradigme, aussi prégnant soit-il. La fonction coercitive du contrat sur laquelle est centrée la théorie classique ne doit pas occulter les autres fonctions du contrat, notamment celles que révèle la pratique contractuelle des acteurs socio-économiques. Les études empiriques menées au cours des dernières décennies sont, à cet égard, particulièrement intéressantes.

Il semble que les acteurs socio-économiques abordent le contrat non pas en termes d'outil-sanction, mais d'instrument de communication, d'organisation et de planification de leurs relations<sup>11</sup>. Loin d'être rangé au fond du dernier tiroir, le contrat fait office de plate-forme de référence ou de guide de relation auquel les parties se rap-

---

H.L.J. Mazeaud *et al.*, *Leçons de droit civil. Les obligations. Théorie générale*, t. II, vol. 1, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1991 à la p. 49.

<sup>10</sup> «Le droit étatique des contrats [...] est un droit de méfiance, un droit de la prise de distance, un droit de guerre commandé par la logique du litige. Le droit étatique des contrats, celui qui s'enseigne dans les facultés de droit, est un droit particulièrement abstrait qui se construit dans la logique des débats contradictoires et des procès» : J.-G. Belley, «L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat» (1991) 32 C. de D. 253 à la p. 299 [ci-après Belley, «Théorie pluraliste»].

<sup>11</sup> Voir S. Macaulay, «Non-contractual Relations in Business : A Preliminary Study» (1963) 28 *American Sociological Review* 55 ; S. Macaulay, «Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract» (1977) 11 *Law & Soc'y Rev.* 507 ; S. Macaulay, «An Empirical View of Contract» (1985) *Wis. L. Rev.* 465. Pour le Québec, voir particulièrement Belley, «Théorie pluraliste», *ibid.*

porteront pour orienter leurs comportements en fonction des attentes et des aspirations réciproquement manifestées. En somme, les contractants n'observent pas le contrat à travers le prisme qu'utilisent les juristes. Sa fonction coercitive est reléguée au rang des considérations accessoires. Bon nombre d'auteurs ont d'ailleurs reconnu cette réalité. Ainsi, Marjorie M. Shultz observe : «Given their academic training, lawyers naturally emphasize dispute resolution and contract enforcement by courts. By contrast, the parties to a contract do not focus on enforcement but on goals, plans, relationships, exchanges»<sup>12</sup>.

Cette distorsion entre théorie classique et pratique contractuelle a favorisé l'émergence d'une nouvelle théorie plus conforme aux réalités observables. Élaborée par Ian R. Macneil, cette théorie, connue sous le nom de «théorie relationnelle du contrat», propose une conception du contrat mieux adaptée aux échanges contemporains et convenant davantage à la dynamique particulière des relations étroites<sup>13</sup>.

Macneil classe les échanges contractuels en deux catégories. La première catégorie regroupe les échanges «transactionnels». L'échange transactionnel est celui qui constate ou planifie l'exécution d'une simple transaction. Il intervient entre des parties qui, en principe, n'entreprendront aucun lien significatif au lendemain de l'échange des consentements. Le contrat de vente illustre bien ce type d'échange puisqu'il ne fait que constater la transfert de droits sur le bien vendu et le versement de la contrepartie exigée. La deuxième catégorie regroupe les échanges «relationnels». Ce type d'échange correspond au projet de coopération envisagé à long terme. L'échange relationnel occupe un espace temporel beaucoup plus vaste que l'échange transactionnel puisqu'il a vocation à se poursuivre dans l'avenir, pour une durée généralement indéterminée. Pensons, par exemple, aux rapports qu'entretiennent les membres d'une société entre eux, à la relation de travail entre un employeur et un employé ou à celle qu'entretient un franchiseur avec ses franchisés. Or, selon Macneil, la théorie classi-

---

<sup>12</sup> M.M. Schultz, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy» (1982) 70 Cal. L. Rev. 204 à la p. 306. Dans le même sens, Ian R. Macneil affirme : «[Performance planning] is, after all, the way most participants view most contract planning — only lawyers and other trouble-oriented folk look contracts primarily as a source of trouble and disputation, rather than as a way of getting things done». I.R. Macneil, *Contracts. Exchange Transaction and Relations*, 2<sup>e</sup> éd., Mineola (N.Y.), Foundation Press, 1978. Plus près de nous, Belley commente la culture notariale du contrat en ces termes : «[...] la profession notariale ne se détache pas facilement de la propension à aborder le contrat dans la seule optique du système juridique plutôt que de la perspective des acteurs sociaux cherchant un mode de régulation adapté à leurs transactions ou à leurs relations». J.-G. Belley, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat» (1996) 1 C.P. du N. 101 à la p. 108 [ci-après Belley, «Culture notariale»] ; Belley, «Théorie pluraliste», *supra* note 10 à la p. 287.

<sup>13</sup> Voir principalement I.R. Macneil, *The New Social Contract : An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980.

que et les dogmes hermétiques qui en constituent les fondements demeurent centrés sur le contrat transactionnel et excluent ou marginalisent les échanges relationnels. À ses dires, seule une nouvelle conceptualisation du contrat pourrait permettre de saisir toutes les subtilités de la rationalité contractuelle et, éventuellement, de traduire les différentes formes qu'elle peut emprunter.

En somme, plaide Macneil, on ne saurait raisonnablement aborder le contrat relationnel à la lumière des idées généralement reçues et fortement inspirées de la théorie classique. Ainsi, contrairement au contrat transactionnel par lequel des parties procèdent à un échange ponctuel et décontextualisé, sans égard à leur identité respective, le contrat relationnel équivaut à un mode d'organisation d'une relation qu'entendent maintenir et poursuivre des personnes qui se sont mutuellement et subjectivement choisies pour collaborer à la réalisation d'un projet commun. Il ne s'agit plus, par le contrat, de suppléer à l'absence de confiance en se ménageant une sanction en cas d'inexécution, mais d'établir, d'ajuster et d'explicitier le cadre normatif à l'intérieur duquel la relation pourra s'articuler. La destinée du contrat relationnel n'est pas de programmer mécaniquement la fin de l'échange, mais d'appuyer la relation en fournissant aux parties les moyens d'en préserver l'avenir et d'en assurer l'harmonisation avec les normes émanant du milieu environnant.

Dans une telle perspective théorique, les valeurs à la base du processus contractuel changent du tout au tout. L'individualisme que suppose le contrat classique fait place à l'interdépendance, la domination à la collaboration et l'antagonisme à la solidarité. Commentant ces valeurs, d'ailleurs révélées par les études empiriques, Louise Rolland écrit : «Partageant un destin économique commun, privilégiant la survivance de leurs liens d'affaires, les parties délaissent la mentalité conflictuelle des transactions au profit de la concertation. Tant et si bien que les valeurs dominantes logent dans la coopération, à savoir intégrité et solidarité»<sup>14</sup>.

Pour prendre leur pleine expression, explique Macneil, ces valeurs doivent se mouvoir à l'intérieur d'un cadre évolutif. Contrairement au modèle consacré par la théorie classique qui se caractérise par sa fixité, le contrat relationnel s'inscrit dans un continuum temporel. Par nature flexible, il est appelé à évoluer au rythme des années et des événements. Les parties au contrat relationnel ne s'enferment pas dans un carcan mais se dotent d'un cadre ouvert qu'elles seront éventuellement appelées à renégocier, selon l'évolution de leurs attentes respectives. Expliquant la portée d'une telle réalité, Jean-Guy Belley écrit : «les exigences même de la solidarité contractuelle et sociale rendraient futile, voire dangereuse, toute tentative d'enfermer la régulation du

---

<sup>14</sup> Rolland, *supra* note 8 à la p. 926. L'auteure ajoute que l'adhésion à de telles valeurs ne relève pas de la vertu, mais d'une mentalité contractuelle fondée sur une meilleure efficacité économique.



futur dans des cadres conceptuels et logiques fixés une fois pour toutes»<sup>15</sup>. Somme toute, la flexibilité du contrat est inscrite dans la relation d'interdépendance qui incite à faire prévaloir une adaptation nécessaire sur le respect rigide de la planification convenue et du consentement donné<sup>16</sup>.

Bien que les relations d'affaires demeurent le premier domaine d'application de la théorie relationnelle<sup>17</sup>, son cadre général convient tout aussi bien aux relations personnelles étroites entre adultes<sup>18</sup>. Sans s'attarder à la question, Macneil lui-même reconnaît le mariage comme un échange de type relationnel<sup>19</sup>. En effet, les personnes entretenant des rapports étroits ont, tout comme les gens d'affaires, intérêt à se doter d'une plate-forme d'organisation et de planification de leur relation. Afin de préserver cette relation et les bénéfices qu'elles comptent mutuellement en retirer, ces dernières doivent être animées des valeurs qui président aux échanges relationnels, soit la coopération, l'intégrité et la solidarité. Leur relation étant susceptible d'évoluer, il leur reviendra également d'ajuster, d'adapter et de renégocier constamment le cadre à l'intérieur duquel s'articulent leurs rapports, en fonction des changements que réserve tout avenir incertain.

Contrairement aux principes de la théorie classique, le cadre théorique proposé par Macneil s'avère donc compatible avec la réalité des relations étroites, qu'elles soient ou non de nature conjugale. Plutôt que de confronter les valeurs essentielles qui en constituent le fondement, il en reconnaît la pleine valeur normative<sup>20</sup>. En qualité de

---

<sup>15</sup> Voir J.-G. Belley, «Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil» (1988) 3 R.C.D.S. 27 à la p. 34.

<sup>16</sup> Voir J.-G. Belley, *Résumé de la théorie du contrat relationnel de Ian R. Macneil*, Québec, 1995 à la p. 5 [non publié].

<sup>17</sup> Au-delà des perspectives doctrinales, certains auteurs notent que plusieurs des nouvelles règles juridiques régissant le droit contemporain des contrats reflètent de plus en plus ouvertement les principes de flexibilité à la base de la théorie relationnelle. Voir Rolland, *supra* note 8 aux pp. 931-38 ; M.A. Eisenberg, «The Emergence of Dynamic Contract Law» (2000) 88 Cal. L. Rev. 1743 à la p. 1766 et s. Ce dernier écrit d'ailleurs : «The paradigm at the center of classical contract law was a snapshot taken at the moment a bargain was made. In contrast, modern contract law recognizes that contract is a process, so that the picture we see at the time of contract formation, however important, is only one of a series of frames» (*ibid.* aux pp. 1813-14).

<sup>18</sup> Pour une application en matière matrimoniale, voir Schultz, *supra* note 12 à la p. 301 et s. Voir également E.S. Scott et R.E. Scott, «Marriage as Relational Contract» (1998) 84 Va. L. Rev. 1225.

<sup>19</sup> Voir I.R. Macneil, «The Many Futures of Contracts» (1974) 47 S. Cal. L. Rev. 691 aux pp. 721, 725, 746, 747 et 751 [ci-après Macneil, «Many Futures of Contracts»].

<sup>20</sup> En fait, Macneil reconnaît l'existence de dix normes contractuelles, dont l'intensité varie en fonction de la nature transactionnelle ou relationnelle de l'échange contractuel. Ces normes sont (1) le respect intégral du rôle, (2) la mutualité et la réciprocité, (3) la planification, (4) le respect du consen-

*contractants*, les personnes engagées dans une relation intime ne peuvent plus être abordées comme des ennemis voulant se protéger l'un contre l'autre. Elles doivent être considérées comme de véritables partenaires soucieux de préserver la stabilité de leur relation.

Au-delà du cadre théorique général, il convient maintenant d'examiner les objets d'un contrat relationnel en contexte d'intimité. Comme je tenterai de le démontrer, une relation étroite marquée par une dynamique d'interdépendance justifie un niveau d'organisation qui dépasse les enjeux autour desquels la régulation contractuelle a traditionnellement été limitée.

## II. Les objets

Règle générale, le contrat ne s'intéresse qu'aux seules dimensions patrimoniales des relations qu'il a pour mission d'encadrer<sup>21</sup>. On ne saurait guère s'en étonner en matière civile et commerciale, où les échanges ne présentent bien souvent qu'un enjeu économique. Un contrat de société ou de franchise n'est nullement destiné à régir les relations sociales des partenaires, si ce n'est de façon purement accessoire. Il est plutôt consacré aux objectifs financiers poursuivis par chacun d'eux.

On ne peut toutefois aborder les relations étroites entre adultes sous le même angle que les relations d'affaires. Celles-ci évoluent dans un environnement à la fois patrimonial et extrapatrimonial. Les rapports qu'entretiennent les partenaires, et qui se déroulent généralement sous le même toit, génèrent une interdépendance non seulement économique, mais également relationnelle, voire émotionnelle. Bref, leur projet commun ne se traduit pas uniquement en signe de dollars. Bien au contraire, les aspects patrimoniaux de leur relation sont, dans la très grande majorité des cas, subordonnés aux aspects extrapatrimoniaux. L'interdépendance économique n'est alors que la conséquence de l'interdépendance relationnelle ou émotionnelle.

---

tement donné, (5) la flexibilité, (6) la solidarité, (7) le respect des principes de la responsabilité, (8) la création et la restriction du pouvoir, (9) la pertinence des moyens et (10) l'harmonisation avec la société. Voir I.R. Macneil, «Values in Contract : Internal and External» (1983) 78 Nw. U. L. Rev. 340 à la p. 341. Les termes ont été empruntés à la traduction de J. Alberts, *Contrat et réseau : le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride*, Thèse de maîtrise en droit, Université Laval, 1997.

<sup>21</sup> «Le contrat est conçu comme un “instrument juridique d'échange de valeurs” entre les personnes. [...] Le contrat est donc l'instrument naturel du commerce juridique et la traduction juridique de l'échange économique». M. Mignot, «Le partenariat enregistré en droit international privé» (2001) 3 R.I.D.C. 601 à la p. 609.

Or, malgré ces distinctions fondamentales, les juristes ne semblent pas envisager la régulation contractuelle des relations étroites dans un cadre différent de celui des relations d'affaires. Il suffit de prendre connaissance de la doctrine québécoise relative au contrat de mariage et aux conventions d'union de fait pour s'en convaincre. On peut présumer que les informations qui y sont contenues reflètent assez bien les perspectives généralement véhiculées en la matière, bien qu'ils ne s'agissent vraisemblablement pas de données empiriques tirées d'une véritable analyse scientifique. De façon constante, on y présente le contrat de mariage comme l'instrument juridique aux termes duquel les époux québécois adoptent un régime matrimonial conventionnel, lorsqu'ils souhaitent se soustraire au régime légal autrement applicable<sup>22</sup>. Le contrat de mariage ne s'intéresse donc qu'aux biens, laissant de côté les aspects relationnels du mariage<sup>23</sup>. La convention d'union de fait partage une orientation semblable. En principe, elle se limite à fixer le cadre juridique des relations patrimoniales entre les conjoints de fait, à défaut pour l'État d'y pourvoir de façon directe ou indirecte<sup>24</sup>. En somme, les contrats auxquels ont accès les conjoints mariés et unis de fait ne sont aucunement voués à l'établissement du cadre normatif de la relation dans toutes ses dimensions, mais uniquement dans ses grandes lignes patrimoniales.

Les perspectives contractuelles des autres provinces canadiennes n'apparaissent guère différentes. Ainsi, en Colombie-Britannique, la loi accorde expressément aux époux la possibilité de signer un *Marriage Agreement* pour établir le cadre d'administration, de disposition et de partage de leurs biens respectifs. Aux termes de la *Family Relations Act*<sup>25</sup> :

---

<sup>22</sup> Voir art. 431 et s. C.c.Q. Notons que les époux demeurent assujettis au régime primaire impératif, indépendamment de leurs conventions matrimoniales. Voir texte correspondant à la note 67 et s.

<sup>23</sup> Le dictionnaire de droit privé de la famille du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec définit le contrat de mariage comme étant le «[c]ontrat solennel par lequel les époux ou futurs époux fixent les relations patrimoniales liées à leur mariage». N. Kasirer, dir., *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999, s.v. «contrat de mariage». Voir également S. Binette, «Régimes matrimoniaux et contrat de mariage» dans *Chambre des notaires du Québec, Répertoire de droit. Famille. Doctrine*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1991, document 2 ; A. Roy, «L'intervention du notaire dans les relations matrimoniales : du contrat de mariage au contrat conjugal» dans P. Ciotola, dir., *Le notariat de l'an 2000 : Défis et perspectives. Les journées Maximilien-Caron*, Montréal, Thémis, 1997, 189.

<sup>24</sup> Voir B. Moore, «L'union homosexuelle et le Code civil du Québec : de l'ignorance à la reconnaissance ?» (2002) 81 R. du B. can. 121 ; D. Lapierre, «Les contrats de la vie commune» dans *Service de la formation permanente, Développements récents sur l'union de fait*, Cowansville (Qc), Barreau du Québec, 2000, 31 ; S. Allard et al., «Le concubinage» dans *Chambre des Notaires du Québec, Répertoire de droit. Famille. Doctrine*, Montréal, 1993, document 3 à la p. 34.

<sup>25</sup> R.S.B.C. 1996, c. 128.

A marriage agreement is an agreement entered into by a man and a woman before or during their marriage to each other to take effect on the date of their marriage or on the execution of the agreement, whichever is later, for (a) management of family assets or other property during marriage, or (b) ownership in, or division of, family assets or other property during marriage, or the making of an order for dissolution of marriage, judicial separation or a declaration of a nullity of marriage<sup>26</sup>.

Cette réalité ne doit pas, pour autant, occulter l'immense potentiel du contrat, tel que reconceptualisé à la lumière des développements précédents. Un contrat relationnel a pour vocation de définir l'ensemble d'un projet commun, dans toutes ses dimensions, à la lumière des valeurs et des principes qui animent les «partenaires»<sup>27</sup>. En somme, le processus contractuel procure aux partenaires l'occasion d'explicitier, sous forme d'engagements réciproques, l'ensemble des attentes mutuelles qu'ils entretiennent par rapport à leur relation, tant sur le plan extrapatrimonial que patrimonial. Quel est l'objectif de la relation ? Quelle forme prendra-t-elle ? Quel rôle chacun des partenaires est-il appelé à y jouer ? Quel est le soutien ou l'assistance attendu de part et d'autre ? Quelle est la zone de vie commune que partageront les partenaires ? Quelles en sont les limites ? Quelles sont les valeurs fondamentales qui les animent et qui constitueront le socle de leur relation ? Et au-delà des abstractions, comment ces valeurs s'opérationnaliseront-elles au quotidien<sup>28</sup> ? À première vue, on peut douter de l'utilité ou de l'opportunité d'un tel processus d'explicitation dans le cadre de relations étroites. N'est-il pas futile de vouloir clarifier, formaliser et contractualiser le projet relationnel que partagent des personnes qui se connaissent déjà dans l'intimité ? Les conjoints ne sont-ils pas révélés l'un à l'autre du seul fait de leur amour ? Les deux sœurs qui partagent le même logis n'ont-elles pas un passé commun susceptible d'éclairer les attentes présentes et futures entretenues par chacune d'elles ? Le cours normal de l'existence ne finira-t-il pas par délimiter naturellement le cadre des échan-

---

<sup>26</sup> *Ibid.* à l'art. 61(2). À défaut d'un tel arrangement, les époux devront partager également les biens familiaux («*family assets*») dont ils sont propriétaires, selon les paramètres prévus aux articles 56.1 à 60 (*ibid.*).

<sup>27</sup> Le terme «partenaires» employé dans le présent texte désigne les personnes qui cohabitent dans le cadre d'une relation étroite à forte teneur d'interdépendance économique et relationnelle, de nature conjugale ou non.

<sup>28</sup> Les partenaires pourront effectivement *préciser* de différentes façons le cadre de leurs rapports personnels, et ce, dans toutes les sphères où ils jugeront utile de le faire. Compte tenu de la perspective essentiellement théorique qui sous-tend le présent texte, il me semble inapproprié d'énumérer les diverses clauses ou rubriques de nature extrapatrimoniale que pourrait éventuellement contenir le contrat. En matière conjugale, le lecteur pourra cependant trouver certaines illustrations concrètes dans A. Roy, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Thémis, 2002 [ci-après Roy, *Contrat de mariage réinventé*].

ges relationnels, en toute spontanéité, sans qu'il ne soit nécessaire d'envisager l'élaboration d'une quelconque structure d'organisation formelle ?

Certes, les échanges passés entre les parties et, éventuellement, leur cohabitation, ne peuvent que favoriser la divulgation de certaines attentes. Nul ne saurait nier l'effet révélateur du temps et des interactions<sup>29</sup>. Mais un projet commun ne se mesure pas qu'à l'aune des attentes émergeant d'un quotidien plus ou moins récent, implicitement consacré par une «juxtaposition de brosses à dents»<sup>30</sup>. D'autres attentes vont demeurer inconscientes, latentes ou ambiguës et ne se manifesteront qu'au bout d'un certain temps, dans un contexte parfois litigieux et peu propice au maintien des échanges. Dès lors, les partenaires prendront conscience du fossé qui les sépare<sup>31</sup>. Telle est d'ailleurs la conclusion à laquelle en arrivent certains spécialistes de la relation de couple. Au sujet des attentes conjugales, le docteur Sager et ses collègues affirment : «[W]hile each spouse is usually at least partially aware of the terms of his contract, and the needs from which these terms are derived, he may be only remotely aware, if at all, of the implicit expectation of his spouse»<sup>32</sup>. Sans doute, cette réalité s'exacerbe-

---

<sup>29</sup> Voir R. Underwager et H. Wakefield, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts» dans E.L. Winer et L. Becker, dir., *Premarital and Marital Contracts : A Lawyer's Guide to Drafting and Negotiating Enforceable Marital and Cohabitation Agreements*, Chicago, American Bar Association, 1993, 217 à la p. 222.

<sup>30</sup> J'emprunte l'expression au doyen de la Faculté de droit de l'Université de Montréal Claude Fabien.

<sup>31</sup> Les termes «dès lors» sont ici employés à dessein puisqu'au moment de l'établissement de la relation, les personnes qui cohabitent (dans une dynamique d'interdépendance relationnelle et économique) sont peu portées à envisager les conséquences d'une rupture de leur propre relation. Le cas des relations matrimoniales est, à cet égard, très évocateur. En effet, il semble que, au moment du mariage, la plupart des conjoints se croient fermement à l'abri d'un divorce, tout en demeurant conscients que, statistiquement parlant, un couple sur deux se disloque. Dans le cadre d'une étude empirique dans l'État de Virginie menée auprès de personnes en voie de se marier, Baker et Emery observent ainsi: «[...] [A]lthough their median response was an accurate estimate that 50% of U.S. couples who marry will divorce, the *median* response of the marriage license applicants was 0% when assessing the likelihood that they personally would divorce». L.A. Baker et R.E. Emery, «When Every Relationship Is Above Average : Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage» (1993) 17 *Law and Human Behavior* 439 à la p. 443.

<sup>32</sup> H.S. Kaplan *et al.*, «The Marriage Contract» (1971) 10 *Family Process* 311 à la p. 312. Les auteurs qualifient ces attentes de «conscious but not verbalized expectations and beyond awareness expectations» (*ibid.*). Dans le même sens, le sociologue Broderick affirme : «[E]ach person enters marriage with his or her own vision of what the reciprocal obligations are. Sometimes these are conscious expectations ; sometimes they may surface only indirectly through the outrage produced when they are not met». C.B. Broderick, *Marriage and the Family*, 3<sup>e</sup> éd., New-Jersey, Prentice Hall, 1988 aux pp. 184-85. Sur la question, voir également C.J. Sager, *Marriage Contracts and Couple Therapy : Hidden Forces in Intimate Relationships*, New York, Brunner/Mazel, 1976 ; J.D. Ball et L.H. Henning, «Rational Suggestions for Pre-marital Counseling» (1981) 7 *Journal of Marital and Family The-*

t-elle lorsqu'un cadre relationnel fait l'objet d'un certain «ressac» normatif. Un ressac n'emporte pas tout sur son passage, il laisse des traces. Ainsi, il n'est pas irréaliste de croire qu'on puisse entrer en relation étroite en nourrissant plus ou moins consciemment des attentes forgées à partir d'anciens modèles socio-culturels qui ne peuvent plus prétendre au statut de normes de référence universelles. Encore une fois, le cas de la relation matrimoniale apparaît particulièrement révélateur et mérite d'être cité en exemple<sup>33</sup>. Si, jadis, les puissantes sources normatives que constituaient la communauté, la religion et la famille établissaient un modèle de vie conjugale quasi uniforme et assuraient, d'une certaine façon, la régulation des comportements, on ne peut plus en dire autant aujourd'hui. Les valeurs conjugales et les objectifs du mariage ne sont plus dictés sur la base d'impératifs sociaux ou religieux. Tout est maintenant objet de négociation entre les conjoints. En principe, rien ne peut plus être tenu pour acquis<sup>34</sup>.

Ainsi, la procréation n'est plus le fondement exclusif du mariage. Les rôles conjugaux ne sont plus systématiquement distribués en fonction du sexe ; chaque conjoint conserve aujourd'hui sa pleine individualité et entend jouir de son autonomie. Le mariage ne revêt plus le caractère de permanence qu'on lui attribuait dans le passé<sup>35</sup>. Bref, l'unicité du modèle traditionnel auquel la plupart des couples acceptaient autrefois de se soumettre a fait place à une diversité de modèles dont les principaux intéressés sont appelés à définir le contenu, à la lumière des attentes particulières qu'ils nourrissent<sup>36</sup>. Comme l'affirme la présidente du Conseil de la Famille et de l'Enfance du Québec :

---

rapy 69 ; L.P. Buckner et C.J. Salts, «A Premarital Assessment Program» (1985) 34 *Family Relations* 513 ; L. Granger, *La communication dans le couple*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1980 à la p. 19.

<sup>33</sup> Voir généralement F. Hecq, «La famille et quelques-uns de ses paradoxes» dans J. Lemaire, M. Moulin et M. Van De Meulebroeke, dir., *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1996, 59 à la p. 68 ; J.-C. Kaufmann, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992 aux pp. 170-72 ; K. Melville et S. Keller, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988 à la p. 174.

<sup>34</sup> Voir notamment Québec, Conseil de la famille et de l'enfance, *Et si on parlait des familles et des enfants... de leur évolution, de leurs préoccupations et de leurs besoins ! Rapport 1999-2000 sur la situation et les besoins des familles et des enfants*, Québec, Conseil de la famille et de l'enfance, 2000 ; N. Boily, «Monde en mutation, changement de valeurs ? Les repères des Québécoises et des Québécois à l'aube de l'an 2000» dans M. Simard et J. Alary, dir., *Comprendre la famille*, Trois-Rivières, Presses de l'Université du Québec, 2000 à la p. 377 ; J. Grand'maison, «Les différents types de famille et leurs enjeux» dans B. Lacroix, dir., *Vive la Famille*, Montréal, Fides, 1993 à la p. 17 et s. ; C. Michaud, «Le mariage et la famille : des réalités dessoudées» dans Québec, Conseil de la famille, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Gouvernement du Québec (Conseil de la famille), 1996 à la p. 195 et s.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> «Once upon a time—and not so very long ago—[m]arriage was a unitary—“one size fits all”—concept. [...] Today, however, society offers a broad variety of lifestyles for sexual partners». H.D.

Les valeurs qui ressortent des sondages sont le reflet d'une société avant tout individualiste et pluraliste, une société à la recherche de nouveaux modèles. Elles témoignent de l'absence de repères communs, clairement définis, auxquels se rattachaient auparavant les individus dans leur quête de bonheur. [...] L'affirmation individuelle prend donc le pas sur les grandes institutions dans la définition des repères, des codes de sens<sup>37</sup>.

En somme, si les enjeux d'une relation étroite relèvent non pas ou non plus de sources externes, mais des seules personnes directement concernées, il semble opportun et légitime de préconiser l'idée d'une plate-forme de communication et d'organisation menant à l'établissement d'un plan relationnel, ajusté aux contours de cette relation et bâti en référence aux attentes spécifiques des intéressés. Ainsi conçu, le contrat en contexte d'intimité ne serait pas qu'une version revue et corrigée des contrats à vocation patrimoniale que véhicule la doctrine classique. Il prendrait plutôt la forme d'une charte de vie commune, aspirant à devenir le cadre normatif pluridimensionnel de la relation étroite. Cela dit, il importe de dégager la perspective normative des dispositions du contrat en contexte d'intimité. On constatera, une fois de plus, que le modèle proposé ne s'intègre nullement aux paradigmes dominants.

### III. Les perspectives normatives

De manière générale, l'État sanctionne les arrangements privés dont conviennent deux ou plusieurs personnes en reconnaissant leur caractère «exécutoire» devant les tribunaux judiciaires. Le créancier de toute obligation contractuelle est en droit d'exiger de son débiteur l'exécution de l'engagement volontairement assumé. Si le débiteur refuse ou se montre incapable de fournir la prestation convenue, le créancier peut recourir aux tribunaux «pour mettre à son service l'appui de la force judiciaire et obliger le débiteur à exécuter précisément sa promesse [...] ou obtenir au moins un dédommagement [...]»<sup>38</sup>. Il ne fait aucun doute que le contrat conclu par des partenaires engagés dans une relation étroite aux fins de fixer le cadre de leurs rapports patrimoniaux demeure exécutoire. Ainsi, les règles du régime matrimonial conventionnel établi aux termes du contrat de mariage des époux peuvent faire l'objet d'une sanction

---

Krause, «Marriage for the New Millennium : Heterosexual, Same Sex—Or Not at All ?» (2000) 34 *Fam. L.Q.* 271 à la p. 275. «Marriage thus became a much less public and more private legal institution, able formally to accommodate broad variation in spousal behavior and preference». L.A. Baker, «Promulgating the Marriage Contract» (1990) 23 *University of Michigan Journal of Law Reform* 217 à la p. 255.

<sup>37</sup> Boily, *supra* note 34 à la p. 385.

<sup>38</sup> J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 à la p. 493.

judiciaire<sup>39</sup>. Il en est de même des dispositions à caractère patrimonial contenues dans une convention d'union de fait ou dans toute autre convention de cohabitation destinée à encadrer les rapports de personnes qui partagent le même toit, mais non le même lit. En principe, les tribunaux n'hésiteront pas à leur donner plein effet en cas d'inexécution, en vertu des principes généraux du droit des obligations.

Tel que soutenu dans la section précédente, un contrat en contexte d'intimité pourrait avantageusement contenir des dispositions à caractère extrapatrimonial, précisant le projet de vie commun dans ses dimensions relationnelles. On peut à juste titre douter du caractère «sanctionnable» de telles ententes. Dans la mesure où un partenaire adopterait un comportement incompatible avec les attentes de l'autre, telles qu'exprimées en termes contractuels, il est loin d'être certain qu'un tribunal saisi du litige l'obligerait à exécuter son obligation<sup>40</sup>. En raison des enjeux particulièrement intimes qu'elle soulève, l'organisation extrapatrimoniale de rapports étroits n'est pas, traditionnellement, envisagée sous l'angle du droit et de la sanction judiciaire. Ainsi, Bruno Oppetit écrit :

[C]ertaines relations humaines, par leur nature même ainsi que par la qualité ou les liens de leurs protagonistes, paraissent devoir échapper totalement à l'emprise du droit, ce qui expliquerait que les engagements s'y rapportant n'y soient pas sanctionnés et n'y relèvent que des simples devoirs de conscience<sup>41</sup>.

La question du caractère «sanctionnable» des dispositions extrapatrimoniales du contrat en contexte d'intimité constitue un faux problème. Le volet du contrat aux termes duquel les partenaires définiraient leur projet commun dans ces dimensions relationnelles n'aurait pas vocation à être sanctionné par les tribunaux. En réalité, ce volet serait destiné à établir un cadre de régulation privé susceptible de guider les interactions des partenaires et, ultimement, de consolider la stabilité de leur relation. Si un des partenaires en recherchait effectivement la sanction devant le tribunal, dans un contexte litigieux augurant la rupture des échanges<sup>42</sup>, il confirmerait, par ses agisse-

---

<sup>39</sup> Il faut toutefois noter que les tribunaux pourraient hésiter à sanctionner ces dispositions durant la vie commune, de peur d'affecter le déroulement harmonieux de la relation matrimoniale. Voir Roy, *Contrat de mariage réinventé*, *supra* note 28.

<sup>40</sup> Évidemment, il ne pourrait s'agir que d'une sanction par équivalent. En raison de la nature particulière des «obligations» extrapatrimoniales, il semble pour le moins irréaliste de croire qu'un tribunal ordonnerait à un partenaire d'exécuter la prestation en nature, d'où la maxime *nemo praecise potest cogi ad factum*. Voir Baudouin et Jobin, *supra* note 38 aux pp. 635-42.

<sup>41</sup> B. Oppetit, «L'engagement d'honneur», D.1979.Chr.107 à la p. 108. Voir également A. Chapelle, «Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale» (1984) 83 Rev. trim. dr. civ. 411.

<sup>42</sup> À propos de la relation matrimoniale, l'auteur Julien écrit d'ailleurs : «[s]i un époux doit plaider contre son conjoint pour obtenir la solution d'un litige existant entre eux, le mariage traduit par là une



ments, que l'objectif du volet relationnel n'a pas été atteint. En fait, la normativité émanant du volet relationnel se déploierait dans une autre sphère que le droit étatique et ne répondrait pas à sa logique interne.

Certes, une telle perspective nécessite un élargissement considérable de la conception que l'on entretient généralement du droit et, plus spécialement, de la normativité contractuelle. Si la doctrine classique limite le droit aux lois de l'État et aux organes mis en place pour en assurer le respect, une autre doctrine y voit un phénomène social dont l'État n'a pas l'apanage exclusif. Ainsi, Pierre Noreau écrit :

[Le droit] est ordinairement restreint aux normes établies par le législateur et exclut tous les compromis et les modèles de conduite que nous établissons pourtant à tout instant, dans le cadre de nos rapports aux autres. Il s'agit évidemment d'une conception plus sociologique que juridique du droit. Mais il convient de reconnaître que les espaces de la vie individuelle se sont étendus et que nos comportements sont largement définis dans le cadre de balises comportementales que nous établissons nous-mêmes, dans nos rapports quotidiens<sup>43</sup>.

On aura reconnu, dans ces propos, la référence implicite au pluralisme juridique<sup>44</sup>, théorie selon laquelle le droit n'est pas un tout homogène. Outre le système étatique, il recèle différents ordres subsidiaires, auquel le contrat participe en tant qu'instrument normatif autonome. Autrement dit, le contrat peut être conçu comme une véritable source de droit, indépendamment du caractère exécutoire de ses dispositions. Ce droit ne sera pas celui de l'État, qui en ignorera probablement la portée ; il sera celui des parties, sans plus.

Le volet relationnel du contrat en contexte d'intimité ne partage donc pas la même perspective normative que son volet patrimonial. Appartenant au domaine de l'obligation morale ou de l'engagement d'honneur, sa force contraignante ne relève

---

faiblesse dont on peut légitimement penser qu'elle doive lui être, à plus ou moins brève échéance, fatale». P. Julien, *Les contrats entre époux*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962 à la p. 35. À mon avis, cette observation peut s'étendre à l'ensemble des relations étroites.

<sup>43</sup> P. Noreau, «Le droit et la famille : perspectives sur l'amour, la contrainte et l'engagement» dans Québec, Conseil de la famille, *supra* note 34, 55 à la p. 64. Pour décrire le droit spontané issu des interactions humaines, le juriste autrichien Ehrlich emploie l'expression «droit vivant» («*living law*»). Voir E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Arno, 1936 à la p. 493.

<sup>44</sup> Sur le pluralisme juridique, voir notamment J.-G. Belley, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique» (1986) 18:1 *Sociologie et Sociétés* 11 ; G. Rocher, «Pour une sociologie des ordres juridiques» (1988) 29 *C. de D.* 91 ; A. Lajoie, «Contributions à l'émergence du droit. 1. Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées» (1991) 25 *R.J.T.* 103. Sur la variété des doctrines et la diversité des phénomènes de pluralisme juridique, voir J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1978 à la p. 208 et s.

que du for intérieur<sup>45</sup>. En somme, les partenaires agiront conformément aux attentes exprimées dans le volet relationnel non parce qu'ils craignent une sanction judiciaire, mais parce qu'ils entendent préserver leur relation commune<sup>46</sup>. L'obligation morale peut représenter, aux yeux de certains, une assurance peu probante. Sans doute est-ce le cas dans les relations contractuelles qui n'ont pas vocation à se poursuivre sur une longue période de temps. Cependant, l'obligation morale devrait logiquement peser plus lourd dans une relation étroite à durée indéterminée<sup>47</sup>.

Dans sa théorie sur le contrat, Macneil reconnaît d'ailleurs l'importance de la solidarité contractuelle, norme selon laquelle les parties engagées dans un échange relationnel sont naturellement amenées à adopter des comportements susceptibles de contribuer au maintien de leur relation<sup>48</sup>. Reconnaisant l'application d'une telle norme en matière conjugale, les professeurs Scott observent en ce sens :

The intimate character of the relationship and the iterated nature of the interactions will influence the spouses to develop reciprocal patterns of cooperation over time. The pervasive social norm of reciprocity is particularly relevant to long term interactions, offering a particularly stable foundation for an evolving pattern of conditional cooperation<sup>49</sup>.

Qui plus est, certains auteurs considèrent que le formalisme contractuel est de nature à consolider la portée régulatrice de l'obligation morale. En explicitant l'obligation noir sur blanc, dans un document symboliquement associé au domaine de la contrainte, le «débiteur» serait amené à manifester plus clairement son intention de se lier formellement et de respecter sa parole et sa signature<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Sur la force régulatrice de l'obligation morale et les conséquences qui résultent du manquement de s'y conformer («The ultimate sanction of all morality is a subjective feeling in our minds»), voir la théorie de John Stuart Mill présentée dans P.M.S. Hacker, «Sanction Theories of Duty» dans A.W.B. Simpson, dir., *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford, Clarendon Press, 1973, 131 à la p. 148 et s., particulièrement à la p. 150.

<sup>46</sup> Puisqu'il cherche d'abord à orienter des comportements, le contrat en contexte d'intimité, en tant que système normatif, s'articule à l'intérieur de ce que Pierre Noreau appelle le droit préventif, voir P. Noreau, *Droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis, 1993 à la p. 84 et s.

<sup>47</sup> Voir E. Mackaay, «L'ordre spontané comme fondement du droit—un survol des modèles d'émergence des règles dans une communauté civile» (1988) 22 R.J.T. 347 aux pp. 364-65.

<sup>48</sup> Macneil, «Many Futures of Contracts», *supra* note 19 à la p. 1285.

<sup>49</sup> À l'opposé, la norme de solidarité contractuelle serait peu présente dans les échanges de type transactionnel ; voir Scott et Scott, *supra* note 18 à la p. 52.

<sup>50</sup> D'ailleurs, écrit Raymond, «pour prendre sa dimension d'engagement, la parole a souvent besoin d'être formalisée». G. Raymond, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999 à la p. 73.

On reconnaîtra ici l'une des fonctions du formalisme contractuel identifiées par le juriste américain Lon L. Fuller, pour qui le formalisme ne sert pas qu'à traduire une entente en termes appropriés (*channelling function*) et à en faciliter la preuve au moment opportun (*evidentiary function*). Le formalisme contractuel aurait également pour objectif de conscientiser les partenaires au sérieux de leur engagement et, partant, de cristalliser leur sentiment d'obligation (*cautionary function*)<sup>51</sup>.

Le contrat en contexte d'intimité constitue donc le point de convergence entre deux perspectives normatives différentes. Il n'est pas au service de la seule normativité étatique ; il se déploie plutôt dans un espace d'internormativité. Il n'est pas destiné à répondre aux seules préoccupations du législateur ; il cherche plutôt à répondre à l'ensemble des besoins de régulation que pourraient exprimer les partenaires, quel que soit le registre normatif auquel appartiennent ces besoins.

#### IV. Le positionnement professionnel

Les sections qui précèdent auront permis de comprendre la nature et la portée du contrat en contexte d'intimité. Il convient maintenant de déterminer le positionnement professionnel que requiert le déploiement d'un tel modèle théorique.

Le professionnel du droit est habituellement bien outillé pour préparer et rédiger, au bénéfice et à la demande des partenaires engagés dans une relation étroite, un contrat destiné à fixer le cadre de leurs relations patrimoniales, à l'intérieur des limites autorisées par le droit étatique<sup>52</sup>. On peut, au contraire, s'interroger sur sa capacité d'intégrer au projet contractuel les dispositions à caractère extrapatrimonial précisant leur projet de vie dans ses dimensions relationnelles. Eu égard au caractère non sanctionnable de telles dispositions, on peut légitimement présumer qu'il remettrait en

---

<sup>51</sup> Voir L.L. Fuller, «Consideration and Form» (1941) 41 Colum. L. Rev. 799. Pour une application concrète de la «*cautionary function*» en matière de «*domestic contract*», voir D.A.R. Thompson, «When Is a Family Law Contract *Not* Invalid, Unenforceable, Overriden or Varied ?» (2001) 19 Canadian Family Law Quarterly 399 à la p. 421 et s. Dans le même sens, Chirez écrit : «La force obligatoire des conventions — car il nous semble indispensable de continuer de parler de force obligatoire — ne repose pas seulement sur une contrainte juridique possible en cas d'inexécution, mais d'abord sur une contrainte psychologique liée au sentiment de l'obligation. Le contrat est un instrument de contrainte psychologique avant d'être un moyen de contrainte juridique». A. Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse de doctorat en droit, Université de Nice, 1977 aux pp. 81-82. Voir également Belley, «Culture notariale», *supra* note 12 aux pp. 108-09 ; R.A. Macdonald, «Images du notariat et imagination du notaire» (1994) 1 C.P. du N. 1 à la p. 28 [ci-après Macdonald, «Images du notariat»].

<sup>52</sup> Voir *supra* notes 23 et 24.

doute leur utilité et qu'il en rejetterait ultimement la pertinence<sup>53</sup>. Du fait de sa formation juridique classique, le professionnel du droit adhère à une définition moniste du droit. Son champ d'intervention se limite généralement au droit étatique. Il se conçoit comme un messenger de la loi, chargé de canaliser les volontés des justiciables dans les catégories juridiques prescrites par le législateur. Comme l'exprime Jean-Guy Belley, les contrats et les autres actes qu'il est appelé à recevoir sont tellement conditionnés par la loi qu'on peut les considérer, à toutes fins utiles, comme le prolongement individuel d'une loi d'application générale<sup>54</sup>. Or, si le volet patrimonial du contrat en contexte d'intimité correspond à l'une des catégories prescrites par le législateur, tel n'est pas le cas du volet relationnel. Dépourvus de force exécutoire, les engagements qui le composent échappent à toute logique législative.

L'élaboration du volet relationnel suppose donc un «repositionnement» professionnel. Seule une compréhension pluraliste du droit et de la normativité pourra permettre aux professionnels du droit d'intégrer cette rationalité contractuelle. Plutôt que de se concevoir comme des experts du droit étatique, ils se poseraient alors en «spécialistes de l'interface des ordres normatifs ou en courtiers du pluralisme juridique»<sup>55</sup>.

Certes, le praticien demeurera l'expert en loi, capable de fournir aux parties toute l'information juridique pertinente et de satisfaire à leurs besoins légaux. Il ne s'agit aucunement de lui nier cette compétence ou de la dévaloriser, mais d'en élargir la

---

<sup>53</sup> En matière matrimoniale, on peut toutefois noter une certaine ouverture face à l'idée d'introduire dans le contrat de mariage des clauses dépourvues de force exécutoire. Ainsi, le Répertoire de droit de la Chambre des notaires du Québec, qui propose aux praticiens des formulaires de pratique professionnelle, suggère une clause aux termes de laquelle les conjoints s'engagent à soumettre volontairement à la médiation familiale les différends qui pourraient éventuellement les opposer, de même qu'un engagement des conjoints à consulter périodiquement un juriste, dans le cadre d'un processus de suivi préventif. Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit. Famille. Formulaire*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1996, document 1.1 aux pp. 3-4, clauses 7 et 8.

<sup>54</sup> Voir Belley, «Culture notariale», *supra* note 12 aux pp. 105, 110, 113 et 117 ; J.-G. Belley, «La pratique professionnelle comme prudence politique» dans C. Nélisse et R. Zuñiga, dir., *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, G.G.C. Éditions, 1997, 45 à la p. 48 [ci-après Belley, «Pratique professionnelle»]. Pour une réflexion générale sur la conception «positiviste» du droit qu'entretiennent traditionnellement les professionnels du droit québécois, voir J.-F. Gaudreault-Desbiens, «L'impact du discours des droits sur la culture juridique québécoise : vers un recul de l'hégémonie positiviste ?» (2000) 44 R.I.E.J. 213.

<sup>55</sup> Voir Belley, «Pratique professionnelle», *ibid.* à la p. 58. Voir également C. Nélisse, «Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique» (1992) 23 R.D.U.S. 269. Pour une brève illustration d'une pratique du droit intégrant une vision pluraliste, voir A.-J. Arnaud, «Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun» (1992) 20-21 Droit et Société 17 à la p. 29.

portée. Sensible aux phénomènes d'internormativité<sup>56</sup>, le professionnel du droit reconnaîtra alors la situation des partenaires comme une véritable source de recherche et de solution. Il ne trouvera plus exclusivement les réponses aux problèmes qui lui sont soumis dans la loi et la doctrine officielle ; il les repérera à travers le vécu des partenaires, leurs coutumes, leurs valeurs et leur environnement<sup>57</sup>. Indéniablement, le praticien qui aura su adopter et intégrer une approche pluraliste du droit contribuera à renouveler son rôle et sa fonction dans le processus de production de la norme juridique. Au lieu d'appliquer servilement la loi, il deviendra un véritable «architecte de l'ordre social privé»<sup>58</sup> ou un «créateur de droit»<sup>59</sup>.

Incidemment, la confection du volet relationnel nécessite le développement, chez le praticien, d'une culture professionnelle ouverte aux autres sciences humaines. Au-delà des considérations relatives au formalisme et à la technique juridique, le professionnel du droit chargé d'appuyer les partenaires dans l'élaboration de leur projet commun, qu'il soit ou non à caractère conjugal, devra les aider à identifier les attentes mutuelles qu'ils entretiennent l'un par rapport à l'autre. À cet égard, il lui reviendra de favoriser la communication entre eux afin qu'ils puissent exprimer des perceptions et des attentes qui, autrement, demeureront dans le domaine de l'implicite. Une telle opération suppose le déploiement de certaines habilités psychosociales.

Il ne s'agit pas là d'une perspective inusitée relevant d'un pur fantasme intellectuel. Certaines interventions professionnelles d'avocats et de notaires nécessitent déjà l'intégration de telles habilités. Pensons simplement à la médiation familiale. À certaines conditions, avocats et notaires sont autorisés à agir à titre de médiateur. Or, la médiation n'est pas une opération proprement juridique ; il s'agit, en fait, d'un processus qui vise à recréer les conditions propices à la communication entre des conjoints qui souhaitent convenir d'ententes sur les conséquences de leur rupture<sup>60</sup>. Lors-

---

<sup>56</sup> Pour les différents sens que l'on peut attribuer au terme «internormativité», voir G. Rocher, «Les "phénomènes d'internormativité" : faits et obstacles» dans J.-G. Belley, dir., *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, 25 aux pp. 27-28.

<sup>57</sup> Dans un texte comparant la méthodologie socio-économique à la pratique du droit, Ashford écrit : «Good lawyers are sensitive to the effect of values, morality, emotions, beliefs, expectations and irrationality on the economic behavior of clients, adversaries, third parties, lawyers, and judges» : R. Ashford, «Socio-Economics : What Is Its Place in Law Practice ?» [1997] *Wis. L. Rev.* 611 à la p. 617 et voir également à la p. 620.

<sup>58</sup> Cette expression est empruntée à Macdonald. Voir Macdonald, «Images du notariat», *supra* note 51 aux pp. 13, 59 et s.

<sup>59</sup> Ces termes proviennent d'Arnaud. Voir Arnaud, *supra* note 55 à la p. 36.

<sup>60</sup> Pour une définition plus complète, voir A. Murray, «La médiation familiale : une progression rapide» [1986] *R.D.F.* 311 aux pp. 317-19.

qu'ils agissent à titre de médiateurs familiaux, les professionnels du droit doivent mettre à profit certaines aptitudes qu'on rattacherait davantage au domaine de la psychologie et de la thérapie conjugale qu'à la pratique du droit<sup>61</sup>. Ils doivent favoriser les échanges dans un contexte hautement émotif, démontrer une capacité d'écoute active et faire preuve d'une grande perspicacité face aux attitudes exprimées<sup>62</sup>. En somme, la médiation familiale exige d'eux une intervention professionnelle qui va au-delà du cadre dans lequel s'enferme généralement la pratique du droit :

Sans être une profession, la médiation n'est pas une nouvelle façon de faire de la thérapie ou du droit, mais bien une nouvelle pratique qui répond à des règles précises et qui, bien que faisant appel aux connaissances et expériences des professionnels qui l'exercent, modifie de façon substantielle la manière de mettre à profit ces compétences et exige le développement de compétences complémentaires à la pratique habituelle des professionnels<sup>63</sup>.

Dans le même sens, le professionnel du droit chargé d'appuyer les partenaires dans l'élaboration du volet relationnel de leur contrat devra, pour mener à bien son mandat, s'ouvrir aux aspects psychologiques et émotionnels de la relation étroite<sup>64</sup>. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra apporter une réponse aussi complète que possible aux besoins de régulation des partenaires.

Évidemment, les facultés de droit ont un rôle important à jouer dans la promotion d'une approche renouvelée de la pratique professionnelle. Comme l'exprime Jean-Guy Belley, les professeurs de droit «devraient se reconnaître une responsabilité majeure dans la mise en évidence des tendances d'évolution du paradigme du droit et dans la prévision de leurs effets»<sup>65</sup>. Par leur intervention privilégiée dans le processus de formation des praticiens, ils peuvent contribuer à remodeler le droit et la pratique juridique. En sus de leurs activités de recherche, ils peuvent, par leur enseignement,

---

<sup>61</sup> Voir S. Clairmont, «L'avocat et la médiation» dans L. Laurent-Boyer, dir., *La médiation familiale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1992, 129 à la p. 135 ; F. Crête, «Le notaire et la médiation familiale» dans Laurent-Boyer (*ibid.* 145 à la p. 146).

<sup>62</sup> Voir L. Bérubé, «La médiation familiale en matière de séparation et de divorce : une nouvelle pratique à l'intersection de la relation d'aide et du droit» dans Laurent-Boyer, *ibid.* 113 à la p. 121.

<sup>63</sup> *Ibid.* à la p. 115.

<sup>64</sup> Pour une approche prônant le développement d'une culture de «multidisciplinarité» chez chaque professionnel, voir D. Bellemare, *L'exercice des professions en multidisciplinarité au Québec : opportunité et recherche d'un modèle*, Thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1984 aux pp. 36-38, 73-74. Dans le domaine juridique, voir également Belley, «Culture notariale», *supra* note 12 à la p. 111.

<sup>65</sup> Voir J.-G. Belley, «Paradigmes et innovation : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques» (1994) 9:2 R.C.D.S. 163 à la p. 176.

amener les futurs professionnels à envisager leur rôle social au-delà du cadre étroitement délimité par le positivisme juridique<sup>66</sup>.

## V. L'environnement législatif

Prôner le recours au contrat en tant que mode d'organisation des relations étroites entre adultes n'équivaut pas à rejeter toute forme d'intervention ou de contrôle législatif, ni à défendre, au nom d'une liberté absolue, un retour aux valeurs du libéralisme classique. Bien au contraire, dans la mesure où l'État reconnaît l'intérêt et la légitimité du contrat en contexte d'intimité, tel que précédemment conceptualisé, trois axes d'aménagements législatifs devraient être envisagés, tant pour en favoriser le déploiement que pour en baliser la formation et l'exécution. L'État devrait ainsi aménager ou réaménager une zone de liberté contractuelle au profit des partenaires, établir des balises relationnelles pour en encadrer l'exercice et instaurer un régime légal supplétif, dans le respect des valeurs dominantes.

### A. L'aménagement d'une zone de liberté contractuelle

Il apparaît évident que le modèle théorique proposé implique l'aménagement d'une zone de liberté contractuelle susceptible de conférer aux partenaires une marge de manœuvre suffisante. Puisque le contrat en contexte d'intimité a pour mission d'établir le contenu obligationnel de la relation étroite, en fonction des aspirations communes des partenaires, l'État devrait éviter de se substituer à eux en les assujettissant à différentes obligations de nature patrimoniale ou extrapatrimoniale. En d'autres termes, l'État devrait préserver la liberté contractuelle des partenaires et leur reconnaître le droit de convenir des arrangements qui leur agréent, dans les limites de l'ordre public.

Si, dans l'état actuel des choses, l'État s'abstient généralement de dicter impérativement le contenu obligationnel des relations étroites non conjugales et de l'union de fait<sup>67</sup>, il n'en va pas de même du mariage, du moins dans la province de Québec. En vertu du *Code civil du Québec*, les époux québécois se doivent secours et assistance. Ce devoir entraîne pour chacun d'eux l'obligation d'assumer le soutien alimentaire de l'autre, tant et aussi longtemps que dure le mariage, sans possibilité de s'en dispenser

---

<sup>66</sup> Pour une réflexion plus globale sur la question, voir J.-G. Belley, «La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme» (1985) 26 C. de D. 1045 ; R.A. Macdonald, «Let Our Future Not Be behind Us : The Legal Profession in Changing Times» (2001) 64 Sask. L. Rev. 1.

<sup>67</sup> Voir Bailey, «Mariage», *supra* note 2 aux ann. B, C, D.

conventionnellement<sup>68</sup>. Les époux sont également tenus de contribuer aux charges du mariage en proportion de leurs facultés économiques respectives ou par leur activité au foyer<sup>69</sup>. Toute entente en vertu de laquelle les époux aménageraient autrement leur contribution sera jugée illégale<sup>70</sup>. Enfin, le législateur leur impose l'obligation de partager en parts égales, au jour de la rupture, la valeur de certains biens à caractère familial, indépendamment des termes de leur contrat de mariage<sup>71</sup>.

En assujettissant les époux québécois à de telles obligations, l'État impose unilatéralement sa conception économique du mariage et confronte, d'une certaine façon, la diversité qui caractérise la société canadienne<sup>72</sup>. Au-delà des valeurs d'égalité, de liberté, de tolérance et de respect qui constituent le socle inaltérable de toute relation humaine et qui, pour aucune considération, ne sauraient faire l'objet de négociations<sup>73</sup>, le mariage n'a pas la même signification pour tous et chacun. Certains y voient une relation aux multiples facettes où personnes et intérêts économiques seront inexorablement liés ; pour d'autres, le mariage ne fonde qu'une union de personnes, sans plus.

Alors que les époux qui se marient en bas âge, sans moyen financier, peuvent avoir tendance à se concevoir comme de véritables partenaires engagés dans une entreprise commune et pluridimensionnelle, les époux qui se marient pour une deuxième ou troisième fois, à un âge avancé, se considèrent souvent comme de simples compagnons de vie dont la relation sera, dans la mesure du possible, limitée aux échanges interpersonnels. La dynamique des familles recomposées comporte également ses particularités. On peut difficilement envisager un mariage qui, d'une certaine façon, intègre deux familles de la même manière que l'on aborde les relations conjugales plus classiques<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> Art. 392, 585, 391 C.c.Q. Pour un aperçu des règles relatives à l'obligation alimentaire entre époux en vigueur dans les autres provinces canadiennes, voir *ibid.* à l'ann. A.

<sup>69</sup> Art. 396 C.c.Q.

<sup>70</sup> Art. 391 C.c.Q.

<sup>71</sup> Art. 391, 414-426 C.c.Q. Pour un aperçu des règles relatives au partage des biens entre époux en vigueur dans les autres provinces canadiennes, voir Bailey, «Mariage», *supra* note 2 à l'ann. A.

<sup>72</sup> Pour une réflexion plus élaborée sur la question, voir A. Roy, «L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages» (2000) 41 C. de D. 657.

<sup>73</sup> «“[V]alues” (except for equality, individual liberty, and tolerance) are a matter of subjective taste or preference». M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law : State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago, University of Chicago Press, 1989 à la p. 297.

<sup>74</sup> Sur la dynamique particulière des familles recomposées, voir M.-T. Meulders-Klein et I. Théry, *Quels repères pour les familles recomposées ? Une approche pluridisciplinaire internationale*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1995.



Sur le plan extrapatrimonial, les époux québécois ont la liberté d'aménager leur relation comme bon leur semble. Si ce n'est d'asseoir légitimement leur égalité sur des bases formelles<sup>75</sup>, le législateur ne leur impose pas, fort heureusement d'ailleurs, une manière de vivre. Toutefois, une incursion légale dans le champ relationnel demeure : aux termes du Code civil, les époux sont assujettis à un devoir de fidélité<sup>76</sup>. Bien qu'un tel devoir puisse s'imposer naturellement pour la plupart des couples mariés, on peut à juste titre se demander si la fidélité conjugale constitue encore aujourd'hui une considération relevant du droit étatique<sup>77</sup>. Dans la négative, ce devoir moral devrait être retiré du Code civil<sup>78</sup>, de manière à ce que les époux eux-mêmes puissent en disposer, en fonction de leurs convictions personnelles<sup>79</sup>. Bref, les enjeux au centre d'une relation étroite devraient relever non pas de l'État mais des partenaires concernés. Comme le mentionne Jane Rule : «Human rights are the core responsibility of the government. The regulation of adult human relationships is not»<sup>80</sup>.

### **B. L'aménagement de balises relationnelles**

D'aucuns défendront une orientation diamétralement opposée à celle qui précède. Au contraire, ils revendiqueront l'établissement de balises législatives destinées à réduire la liberté contractuelle des personnes dont la relation ne fait actuellement l'objet d'aucun encadrement légal véritable et un resserrement des limites applicables aux relations déjà encadrées par l'État. Ils dénonceront vigoureusement les effets souvent dévastateurs d'une trop grande liberté contractuelle à l'égard de personnes socialement et économiquement vulnérables. Au nom de la justice, ils réclameront une ré-

---

<sup>75</sup> Art. 392 C.c.Q.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> «[L]a violation de ce devoir [la fidélité] ne concerne plus la société, mais seulement l'époux ba-foué». È. Mattei, «Les relations extra-patrimoniales» dans J. Rubellin-Devichi, dir., *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, 83 à la p. 84. Voir également X. Labbé, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996 aux pp. 71, 81 ; Raymond, *supra* note 50 à la p. 122.

<sup>78</sup> D'ailleurs, la doctrine québécoise considère depuis longtemps qu'un tel devoir ne peut être sanctionné que par le divorce ou la séparation. Ainsi, l'époux victime d'adultère ne pourrait réclamer de l'époux infidèle une réparation sous forme de compensation monétaire, pour dommages moraux. Voir J. Pineau, *La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972 à la p. 279.

<sup>79</sup> Voir notamment L.J. Weitzman, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers, and the Law*, New York, Free Press, 1981 aux pp. 273-74, 436 ; K. Fleishmann, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship» (1974) 8 Fam. L.Q. 27 à la p. 31 ; E.M. Roche, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options» dans E.M. Roche et D.C. Simmons, dir., *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, 81 aux pp. 123-24 ; Underwager et Wakefield, *supra* note 29 à la p. 222.

<sup>80</sup> J. Rule in *B.C. Bookworld* (printemps 2001).

gulation étatique plus affirmative, du moins en ce qui concerne l'organisation patrimoniale des relations étroites.

Pourtant, le contrat n'est pas, en soi, synonyme d'injustice. On oublie trop souvent que l'institution contractuelle contemporaine comporte ses propres limites<sup>81</sup>. Les principes généraux de la bonne foi, de l'équité et de l'abus de droit reconnus tant en droit civil qu'en *common law* en témoignent, puisqu'ils représentent autant de barrières susceptibles de mettre un frein à l'exploitation économique d'un contractant par l'autre<sup>82</sup>. Certes, au-delà des généralités, le législateur aurait intérêt à préciser la portée de telles balises en matière de relations étroites, de manière à mieux outiller les tribunaux appelés à assurer le redressement de situations jugées socialement et juridiquement inacceptables. Ce faisant, il reconnaîtrait et consacrerait expressément les valeurs de coopération, d'intégrité et de solidarité qui président aux échanges relationnels, selon la typologie proposée par Macneil<sup>83</sup>. Pour le législateur québécois, il ne s'agirait pas là d'un précédent. Ainsi que l'a démontré Louise Rolland<sup>84</sup>, le *Code civil du Québec*, entré en vigueur en 1994, épouse la conception relationnelle du contrat en élevant, au rang de normes juridiques formelles, les valeurs de collaboration et de loyauté dans les rapports contractuels entre associés, mandant-mandataire, entrepreneur-client et employeur-employé<sup>85</sup>.

Le législateur pourrait donc adopter une approche similaire en matière de relations intimes de manière à signifier plus clairement qu'au-delà des apparences, les partenaires ne peuvent pas indûment détourner le processus contractuel à leur avantage exclusif. Dans la perspective relationnelle, rappelons-le, le contrat n'est jamais qu'un instrument orienté vers la défense des intérêts individuels d'une seule partie. Le législateur pourrait également ajouter la lésion aux causes de nullité des contrats en contexte d'intimité<sup>86</sup>. Une telle intervention conférerait à la justice contractuelle une

---

<sup>81</sup> Voir D. Burman, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité» (1990) 24 R.J.T. 461 à la p. 463.

<sup>82</sup> Pour un exposé sommaire sur la notion de bonne foi à la lumière de l'analyse économique du droit, voir E. Mackaay, «Law and Economics : What's in It for Us Civilian Lawyers» dans B. Deffains et T. Kirat, dir., *Law and Economics in Civil Law Countries*, Amsterdam, Elsevier Science, 2001, 23.

<sup>83</sup> Voir texte correspondant à la note 13 et s.

<sup>84</sup> Voir Rolland, *supra* note 8.

<sup>85</sup> Art. 2228 C.c.Q. (contrat de société), art. 2178-2181 C.c.Q. (contrat de mandat), art. 2126-2129 C.c.Q. (contrat d'entreprise ou de service) et art. 2091 C.c.Q. (contrat de travail). Dans le même sens, les principes UNIDROIT (en matière de commerce international) consacrent expressément le devoir de collaboration entre les parties contractantes et reconnaissent sa contribution à l'efficacité des échanges. Voir *UNIDROIT : Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Institut international pour l'unification du droit privé, 1994 aux pp. 102-03, art. 5.3.

<sup>86</sup> Dans la province de Québec, suivant l'article 1406 al. 1 C.c.Q., «[l]a lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les

portée encore plus probante entre personnes qui, bien que majeures et capables, peuvent prêter le flanc à l'exploitation en raison de leur état de santé, de leur âge, de leur statut socio-économique ou du contexte émotif dans lequel se déroule leur relation. «Sanctionner l'exploitation, c'est ni plus ni moins sanctionner l'exercice abusif de la liberté»<sup>87</sup>.

Conjugués l'un à l'autre, ces mécanismes sont de nature à encadrer la liberté des partenaires, sans pour autant leur imposer un moule unique aux allures de tutelle. C'est d'ailleurs en ce sens que Louise Rolland affirme que «[b]onne foi, équité et raisonnablement sont les pierres angulaires et le scellant d'une construction étanche capable d'endiguer les abus potentiels d'une liberté débridée»<sup>88</sup>. En somme, la liberté contractuelle comporte différents crans d'arrêts judiciaires ; il suffit de les huiler convenablement.

Certes, le législateur aurait avantage à instituer une certaine forme d'assistance juridique en amont du recours judiciaire, de manière à ce que les contrats en contexte d'intimité puissent, dans la mesure du possible, être purgés des vices susceptibles d'en affecter la validité. Certaines provinces reconnaissent déjà l'opportunité d'une telle assistance en matière de contrats de mariage. Il en est ainsi au Québec où l'acte notarié est prescrit<sup>89</sup> et en Alberta où le recours à l'avocat est imposé<sup>90</sup>. On s'assure ainsi de l'intervention d'un conseiller juridique dont le rôle est d'informer et de conseiller les époux sur la portée et les conséquences de leurs décisions respectives.

Évidemment, aucun filtre professionnel ne sera à même de garantir l'éradication de l'injustice et des abus. Les plus sceptiques n'y verront d'ailleurs qu'un écran de fumée. Ils dénonceront, en outre, la lourdeur du fardeau incombant aux partenaires soucieux d'obtenir une réparation judiciaire. Ils jugeront inopportun d'imposer à la personne lésée l'obligation de saisir elle-même les tribunaux pour obtenir justice, une telle charge pouvant, à la rigueur, compromettre l'exercice de ses droits<sup>91</sup>. En revanche, plaideront-ils, l'établissement de régimes législatifs particuliers imposant

---

prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation». La lésion comme vice de consentement n'est cependant reconnue qu'à l'égard des mineurs et des majeurs inaptes selon l'art. 1405 C.c.Q. Exceptionnellement, les actes de renonciation à la créance résultant du patrimoine familial et de la société d'acquêts peuvent également être annulés pour cause de lésion. Voir art. 424 et 472 C.c.Q.

<sup>87</sup> Burman, *supra* note 81 à la p. 465.

<sup>88</sup> Rolland, *supra* note 8 à la p. 919.

<sup>89</sup> Art. 440 C.c.Q.

<sup>90</sup> *Matrimonial Property Act*, L.R.A. 2000, c. M-8, art. 38(2).

<sup>91</sup> Comparer P.E. Bryan, «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion» (1999) 47 *Buffalo L. Rev.* 1153 aux pp. 1171, 1239.

l'égalité économique en toutes circonstances, sur une base purement catégorielle, représente une option plus équitable et plus efficiente puisqu'elle assure l'équilibre recherché en amont de tout recours judiciaire. Et que faire de la liberté de tout individu de choisir ? Tel que l'écrit la professeure Burman, l'égalité à tout prix ne risque-t-elle pas d'entraîner la mort de la liberté et le déni de toute diversité<sup>92</sup> ? Il me semble que la liberté et la diversité méritent d'être préservées. Ces valeurs, sur lesquelles est fondée notre société, ne peuvent être sacrifiées au nom d'un idéal économique.

Aucun mécanisme législatif ou judiciaire ne peut prétendre à la perfection. Aucun ne garantit un niveau d'étanchéité à toute épreuve. Ce qui importe, c'est de rechercher et de retenir celui qui réalise le meilleur équilibre entre différentes valeurs, toutes aussi fondamentales les unes que les autres.

### **C. L'aménagement d'un régime légal supplétif**

Le législateur ne pourrait valablement présumer que l'ensemble des personnes engagées dans une relation étroite prendront soin d'encadrer conventionnellement leurs rapports. Il doit concevoir le contrat en termes d'option volontaire et non en imposer le recours. Il serait d'ailleurs pour le moins paradoxal de vouloir «forcer le contrat», après avoir défendu les valeurs de liberté et de diversité qui en constituent les principaux fondements. Ainsi, un législateur convaincu du bien-fondé du contrat en contexte d'intimité aurait tout de même le devoir d'aménager un régime légal supplétif au bénéfice de ceux et celles qui ne voudraient pas se prévaloir de l'option contractuelle, pour une raison ou pour une autre, mais qui souhaiteraient néanmoins bénéficier d'un certain encadrement juridique.

Le droit québécois des régimes matrimoniaux peut, à cet égard, servir de modèle. Sous réserve des dispositions impératives de la loi<sup>93</sup>, le législateur québécois permet aux époux, par contrat de mariage, de choisir, avant ou durant le mariage, le régime qui leur convient tout en prévoyant un régime légal supplétif pour ceux qui ne se prévalent pas de cette possibilité<sup>94</sup>. Les époux ne sont donc pas tenus de contracter ; ils n'auront recours au contrat que si le régime par défaut proposé par le législateur ne les satisfait pas ou s'ils souhaitent y apporter des ajustements<sup>95</sup>. Si cette structure supplé-

---

<sup>92</sup> Voir Burman, *supra* note 81 à la p. 463.

<sup>93</sup> Notamment les règles relatives au patrimoine familial aux art. 414-426 C.c.Q.

<sup>94</sup> Le régime matrimonial légal actuel est la société d'acquêts aux art. 432, 448 et s. C.c.Q. Voir également les articles 391 et 423 C.c.Q.

<sup>95</sup> En somme, l'ensemble des lois provinciales régissant le partage des biens appartenant aux époux au jour de la rupture semblent basées sur une logique similaire. Ces lois prévoient effectivement le partage d'un certain nombre de biens au jour de la rupture, mais confèrent en principe aux époux la

tive convient parfaitement au mariage, elle ne pourrait toutefois être étendue aux autres relations étroites sans ajustement majeur. Cette prétention s'appuie sur deux considérations. D'une part, un régime légal supplétif doit être circonscrit dans le temps. Il doit commencer à une date précise et se terminer à une autre date précise. Il doit correspondre à une situation juridique susceptible d'être objectivement délimitée. En matière matrimoniale, le régime légal entre en vigueur le jour du mariage<sup>96</sup>. Le point de départ est établi de façon totalement objective ; il en est de même de sa dissolution<sup>97</sup>. Comment pourrait-on valablement circonscire le régime légal de l'union de fait et des relations non conjugales, alors que le commencement de telles relations n'est, à toutes fins utiles, qu'une simple question de faits dont l'appréciation peut varier d'une personne à l'autre ? D'autre part, l'assujettissement à un régime légal supplétif doit reposer sur un acte de volonté, du moins implicite. En se mariant, les époux consentent expressément à acquérir un statut juridique ; ils manifestent leur volonté d'adhérer à un état de droit. À défaut d'établir un régime matrimonial conventionnel par contrat de mariage, ils sont présumés souscrire implicitement aux principes et aux valeurs qui sous-tendent le régime matrimonial légal.

Il serait pour le moins illégitime d'assujettir les conjoints de fait ou les personnes engagées dans une relation étroite non conjugale à un régime légal, sans que l'on puisse déduire un acquiescement de leur part, de façon directe ou indirecte, expresse ou implicite<sup>98</sup>. On voit mal comment l'État pourrait établir, sur la base de critères rela-

---

possibilité de se soustraire conventionnellement à un tel partage, aux termes d'une entente elle-même soumise à certaines formalités. Voir par ex. *Matrimonial Property Act*, L.R.A. 2000, c. M-8, art. 37(1) ; *Family Relations Act*, L.R.B.C. 1996, c. 128, art. 61 ; *Marital Property Act*, L.R.M. 1987, c. M45, art. 5(1) ; *Family Law Act*, L.R.O. 1990, c. F-3, art. 52-54.

<sup>96</sup> Art. 433 C.c.Q.

<sup>97</sup> Art. 465 C.c.Q.

<sup>98</sup> Analysant différentes options législatives quant à la reconnaissance des droits des couples non mariés, Thomas G. Anderson écrit : «[T]here is at least one important distinction between a marriage and a marriage-like relationship. The distinction is that persons who marry expressly confer on each other various rights, and undertake various obligations. Persons who live together without marriage may very well have a personal commitment every bit as binding, but is not always the case». T.G. Anderson, «Models of Registered Partnership and Their Rationale : The British Columbia Law Institute's Proposed Domestic Partner Act» (2000) 17 Can. J. Fam. L. 89 à la p. 97. Voir également Anderson (*ibid.* à la p. 113). Commentant la loi catalane qui prévoit qu'après deux ans de vie commune, les concubins se voient soumis *de facto* à certaines obligations légales, Daniel Borillo observe : «Cette situation me semble particulièrement critiquable car l'État ne devrait pas se substituer à la volonté des concubins. En effet, si ceux-ci décident de formaliser leur union et qu'ils sont de surcroît hétérosexuels, ils peuvent choisir entre le mariage ou la loi relative aux unions stables de couples». D. Borillo, «Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne» (2001) 46 R.D. McGill 875 à la p. 899. Notons toutefois qu'à l'exception du Québec, l'ensemble des législateurs provinciaux assujettissent de plein droit les con-

tifs à la durée de la cohabitation, la nature de la relation, la présence d'enfants ou tout autre élément distinctif, à l'insu des principaux intéressés, un cadre légal destiné à régir leurs rapports patrimoniaux<sup>99</sup> et même extrapatrimoniaux<sup>100</sup>.

Une des solutions à cette problématique pourrait être d'aménager, au profit des relations étroites autres que matrimoniales, un véritable statut juridique. L'état de fait céderait ainsi sa place à un état de droit. À cette fin, l'ensemble des législateurs provinciaux pourraient s'inspirer de différentes lois étrangères aux termes desquelles un système d'enregistrement civil des unions de fait a été instauré<sup>101</sup>. De façon générale, ce système permet aux couples qui le désirent de procéder à l'inscription de leur rela-

---

joint de fait hétérosexuels (qui répondent à certaines conditions statutaires) à une obligation alimentaire mutuelle similaire à celle qui s'applique entre conjoints. Notons également que la Colombie-Britannique, la Nouvelle-Écosse et l'Ontario ont récemment étendu cette obligation aux conjoints de fait de même sexe, et le Manitoba s'apprêterait à faire de même. Beaucoup plus audacieuse, la province de la Saskatchewan vient tout juste de modifier ses législations familiales dans le but d'étendre aux conjoints de fait de sexe opposé et de même sexe l'ensemble des droits et des obligations de nature civile applicables aux conjoints mariés. Voir les références législatives citées dans A. Roy, «La liberté contractuelle des conjoints de fait réaffirmée par la Cour d'appel... Un avant-goût des jugements à venir ?» (2001) 103 R. du N. 447 à la p. 453, notes 16-17. À l'appui de l'adoption d'un cadre juridique applicable *de plano* aux conjoints de fait, voir W. Holland, *Intimate Relationships in the New Millennium*, en ligne : <<http://familylawcentre.com/ccholland.html>> (date d'accès : 1 novembre 2002). Voir également C. Forder, «European Models of Domestic Partnership Laws : The Field of Choice» (2000) 17 Can. J. Fam. L. 371 aux pp. 376 et s., 449-51. Pour une présentation générale de l'évolution des politiques législatives du gouvernement fédéral et des provinces en la matière, voir D.G. Casswell, «Moving toward Same-Sex Marriage» (2001) 80 R. du B. can. 810.

<sup>99</sup> Évidemment, il n'est question ici que des rapports existant entre les partenaires et non à ceux qu'ils entretiennent ou qu'ils sont appelés à entretenir avec l'État. Ainsi, je ne mets nullement en cause les droits et les obligations auxquels peuvent être assujettis *de facto* les partenaires engagés dans une relation étroite, aux termes de législations à caractère social et fiscal, sans qu'il ne leur soit nécessaire de manifester un consentement exprès ou implicite.

<sup>100</sup> Pensons, par exemple, à l'imposition d'un devoir d'assistance morale entre les partenaires ou, en ce qui concerne les conjoints de fait, à un devoir de fidélité similaire à celui qu'impose le législateur québécois aux conjoints mariés.

<sup>101</sup> L'établissement d'un tel système s'inscrit dans le pouvoir constitutionnel des provinces d'adopter des lois relatives à la propriété et aux droits civils. *Loi constitutionnelle de 1867, supra* note 7, art. 92(13). C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en est arrivée la Commission de réforme du droit de l'Ontario de 1993, à l'occasion d'une étude recommandant l'établissement d'un régime d'enregistrement des unions de fait. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants under the Family Law Act*, Toronto, Ontario Law Reform Commission, 1993. Voir également N. Bala, *Alternatives for Extending Spousal Status in Canada*, en ligne : Family Law Centre <<http://www.familylawcentre.com/ccbalaspousal.html>> (date d'accès : 1 novembre 2002).

tion dans un registre public tenu par l'État ou l'un de ses organes<sup>102</sup>. En plus de leur procurer une certaine reconnaissance sociale et juridique<sup>103</sup>, l'inscription leur confère automatiquement certains des droits et des obligations traditionnellement associés au mariage. Règle générale, les partenaires peuvent toutefois déroger, totalement ou partiellement, au régime légal proposé par le législateur en adoptant des conventions particulières.

À mon avis, un tel système serait susceptible d'apporter réponse aux préoccupations susmentionnées. D'abord, il procurerait aux relations étroites non matrimoniales un statut objectif. À l'instar de la célébration d'un mariage, l'enregistrement dans un registre public en consacrerait l'existence juridique. Par cette consécration, le régime légal de telles relations acquerrait un cadre temporel précis. Il entrerait en vigueur le jour de l'enregistrement de la relation et se terminerait par une radiation dont les motifs seraient prévus dans la loi. Par ailleurs, le caractère volontaire du régime légal serait préservé puisque seuls les partenaires ayant choisi d'enregistrer formellement leur relation y seraient soumis. Un consentement implicite pourrait donc être légitimement déduit.

---

<sup>102</sup> Un système d'enregistrement civil a notamment été instauré en France, en Belgique, en Hollande, dans les pays scandinaves et dans l'Hawaii et Vermont. Au Canada, comme je l'ai précédemment mentionné, la Nouvelle-Écosse et le Québec ont tout récemment établi leur propre structure de partenariat civil. La *Loi instituant l'union civile* du Québec est, pour l'essentiel, entrée en vigueur le 24 juin 2002, soit bien après la rédaction du présent texte (*supra* note 4). Le lecteur ne doit donc pas s'étonner du caractère accessoire des références qui y sont faites. Pour une étude sommaire des systèmes institués au cours des dernières décennies dans différents États occidentaux, voir F. Granet, «Pacte civil de solidarité (PACS). Aspects comparés et internationaux» J.C.P. éd. N. 2000.I.371 ; M. Bailey, «Mariage», *supra* note 2. Voir également A. Roy, «Le partenariat civil, d'un continent à l'autre» (2002) 3 R.I.D.C. 759 ; Roy, «Couples de même sexe», *supra* note 4.

<sup>103</sup> Dans certains pays, c'est d'ailleurs dans le but premier d'assurer aux couples de même sexe une reconnaissance sociale et juridique que les législateurs ont instauré de tels systèmes d'enregistrement. En effet, mis à part les Pays-Bas, la totalité des pays leur refuse le droit d'obtenir cette reconnaissance par le mariage. Au-delà de ses finalités juridiques, la procédure d'enregistrement comporte donc une fonction symbolique de légitimation sociale. Voir J.-L. Renchon, «Mariage, cohabitation légale et union libre» dans J. Pousson-Petit, dir., *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 549 aux pp. 556-57. Notons au passage que la Belgique pourrait bientôt emboîter le pas aux Pays-Bas, le conseil des ministres du gouvernement belge ayant adopté, le 22 juin dernier, un avant-projet de loi légalisant le mariage homosexuel. Voir à cet effet Cabinet du ministre de la Justice, *Communiqué de presse* (22 juin 2001), en ligne : Ministère de la Justice de la Belgique <<http://www.just.fgov.be>> (date d'accès : 1 novembre 2002) ; Cabinet du ministre de la Justice, *Communiqué de presse* (7 décembre 2001), en ligne : Ministère de la Justice de la Belgique <<http://www.just.fgov.be>> (date d'accès : 1 novembre 2002). Voir également N. Dubois, «Des avancées inégales en Europe» *Libération* (5 avril 2001) 14.

Au-delà des généralités, il semble important de préciser deux des principes fondamentaux qui devraient guider toute initiative législative en ce sens. Premièrement, le législateur devrait accorder autant d'importance aux relations de type conjugal qu'aux autres relations étroites qui se déroulent sous le même toit. Contrairement à l'orientation qui se dégage des politiques législatives des dernières décennies, l'État devrait aborder l'encadrement législatif des relations étroites de façon globale, sans exclure systématiquement de son champ d'intervention la relation de ceux et celles qui ne peuvent être assimilés à des conjoints. Ce qui importe véritablement, ce n'est pas tant la composante conjugale que l'interdépendance économique et relationnelle qui caractérise les rapports des personnes concernées<sup>104</sup>. En sus des conjoints hétérosexuels ou homosexuels<sup>105</sup>, les deux sœurs qui partagent le même logis et le fils adulte qui vit auprès de sa mère peuvent être amenés à développer de tels rapports et, partant, pourraient grandement bénéficier d'un régime légal supplétif<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Je sous-entends ici deux et non plusieurs personnes. Évidemment, on peut s'interroger à savoir s'il ne serait pas souhaitable de permettre à plusieurs frères ou sœurs d'enregistrer leur relation multipartite, dans la mesure où ceux-ci cohabitent et s'inscrivent mutuellement dans une dynamique d'interdépendance économique et relationnelle. La question est sans doute pertinente et mérite réflexion. À mon avis, il serait toutefois légitime de tester le système sans trop le compliquer, quitte à le bonifier par la suite. En ce sens, voir Anderson, *supra* note 98 à la p. 101. Voir également P. Baurain, «La cohabitation légale : miracle ou mirage législatif» (1998) 120 R. du N. belge 618 à la p. 620.

<sup>105</sup> Dans certains pays, seuls les couples homosexuels peuvent se prévaloir du système. C'est le cas, notamment, de la plupart des pays scandinaves et du Vermont. On justifie généralement l'exclusion des couples de sexe opposé en se référant au droit qui leur est depuis toujours reconnu d'obtenir, par le mariage, une reconnaissance sociale et juridique et un encadrement légal. Voir en ce sens M. Bailey, «Foreword : Domestic Partnerships» (2000) 17 Can. J. Fam. L. 11 aux pp. 15-16.

<sup>106</sup> Le droit du Vermont accorde certains privilèges aux personnes apparentées qui cohabitent dans le cadre d'une relation non conjugale. En signant un acte notarié et en procédant au dépôt de cet acte auprès d'un fonctionnaire public, ces personnes peuvent bénéficier du statut de «*reciprocal beneficiaries*» qui leur permet d'exercer l'une à l'égard de l'autre des prérogatives en matière de consentement aux soins et d'accès aux dossiers médicaux. Vt. Stat. Ann. tit. 15, c. 25 §§ 1301-06 (Supp. 2000). Étonnamment, selon des statistiques émises en janvier 2001, nul ne s'était encore prévalu de ces nouvelles mesures législatives en date du 29 décembre 2000, soit six mois après leur entrée en vigueur. Vermont, Legislative Council, *Report of the Vermont Civil Union Review Commission*, janvier 2001, en ligne : Vermont Civil Union Review Commission <<http://www.leg.state.vt.us/baker/cureport.htm>> (date d'accès : 1 novembre 2002). L'Hawaii, la Catalogne et la Belgique s'intéressent également aux rapports étroits non conjugaux, en procurant aux personnes qui le souhaitent un certain encadrement légal. Voir 1999 Hawaii Rev. Stat. v. 112, c. 572C-1 ; *Regarding Cohabitation Situations for Mutual Assistance* (Catalogne), Acte 19/1998, DOGC no. 2081, 8 janvier 1999, à la p. 213 ; art. 1475 al. 1 C. civ. Belge. Cette dernière disposition définit la cohabitation légale belge comme étant : «[l]a situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476». Or, selon l'interprétation retenue, la notion de vie commune employée à l'article ne référerait pas nécessaire-



Certes, on peut présumer qu'un seul et même régime légal ne pourrait valablement convenir à des dynamiques relationnelles aussi différentes l'une de l'autre. Le degré d'interdépendance des relations de type conjugal n'est sûrement pas le même que celui qui caractérise les relations non conjugales. À elle seule, cette variante devrait justifier certains aménagements législatifs. L'union de fait pourrait ainsi bénéficier d'un régime légal spécifique, les relations étroites non conjugales d'un autre. Il est préférable de créer deux régimes légaux, au contenu juridique spécialement adapté<sup>107</sup>, que d'établir un seul régime universel réduit à un dénominateur commun, reflétant un portrait plus ou moins dilué des relations auxquelles il est destiné. Ceci étant dit, l'élaboration d'un régime légal n'est pas une œuvre de déduction juridique qui relève de la seule expertise des juristes. Aussi, sans données empiriques et sans l'apport de spécialistes des sciences de la sociologie et de la démographie, il est difficile, voire présomptueux, de disserter sur le contenu obligationnel d'éventuels régimes légaux<sup>108</sup>.

Deuxièmement, l'ensemble des dispositions juridiques constituant le régime légal, quel que soit le type de relation étroite auquel il s'adresse, devraient demeurer facultatives. Pour les motifs déjà exprimés, il ne revient pas à l'État de dicter impérativement le contenu obligationnel d'une relation étroite, de façon directe ou indirecte. Il m'apparaîtrait inapproprié d'imposer, à travers le régime légal, différentes obligations impératives auxquelles les personnes dûment enregistrées ne pourraient déro-

---

ment à la «vie conjugale». Voir également Borillo, *supra* note 98 à la p. 899 ; Baurain, *supra* note 104 à la p. 619. Notons enfin que les propositions législatives formulées au législateur de la Colombie-Britannique par la British Columbia Law Institute préconise une approche semblable. Voir Anderson, *supra* note 98 à la p. 101.

<sup>107</sup> Si une obligation de soutien mutuel et l'octroi de prérogatives réciproques en matière de consentement aux soins et d'accès aux dossiers médicaux pourraient vraisemblablement satisfaire les partenaires non conjugaux, on peut présumer qu'un cadre législatif plus englobant conviendrait davantage aux relations de nature conjugale.

<sup>108</sup> Évidemment, le contenu de chacun des régimes légaux devrait être élaboré de manière à répondre aux aspirations du plus grand nombre de personnes, eu égard à la nature de leur relation. Le législateur ne doit donc pas proposer un modèle se situant à l'une ou l'autre des extrémités d'un pôle ; tout régime légal doit représenter une mesure mitoyenne capable de concilier les différentes tendances sociales et de rallier la majorité des personnes visées par les dispositions qu'il renferme. Au sujet du régime matrimonial supplétif en droit civil québécois, le Comité des régimes matrimoniaux de l'Office de révision du Code civil énonçait, en 1968 : «En bonne politique législative, le régime légal doit non seulement traduire un certain idéal, il doit aussi convenir à la majorité». *Le manuel du notaire*, t. 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1970 à la p. 6. Voir également C. Charron, «La séparation de biens comme régime légal ? Un essai de bilan» (1972) 74 R. du N. 307 aux pp. 310-11.

ger<sup>109</sup>. En somme, les droits et les obligations résultant du régime législatif devraient pouvoir être modulés ou simplement évacués par les principaux intéressés, aux termes d'une convention privée dont les critères de validité seraient établis conformément aux principes déjà énoncés<sup>110</sup>.

## Conclusion

Observé à travers le voile de la théorie classique, le contrat ne se révèle que partiellement. Privé d'un regard direct, l'observateur ne parvient pas à en découvrir toutes les dimensions. Les ombres qu'il perçoit lui apparaissent menaçantes. Le contrat se pose tel un bloc monolithe au centre d'une pièce froide et inanimée. En levant le voile, le contrat se révèle sous tous ses angles. À la lumière du jour, on remarque toutes ses subtilités. En approchant davantage, on perçoit tout autour un bourdonnement d'activités que l'on n'aurait pu autrement soupçonner. Cette illustration résume bien la pensée exprimée à travers les pages qui précèdent. Lorsqu'on réfléchit sur les modes d'organisation juridique des rapports privés que sont appelées à entretenir les personnes engagées dans une relation étroite, le contrat ne s'impose pas d'emblée. Les images et les symboles que reflète traditionnellement le modèle contractuel semblent peu compatibles avec l'intimité qui caractérise généralement ce type de relations. Une évaluation sérieuse ne peut toutefois être menée sur la base de simples perceptions et d'idées reçues. Au-delà des paradigmes dominants et des conceptions classiques, d'autres perspectives théoriques, telle la théorie relationnelle et le pluralisme juridique, permettent d'apprécier le contrat sous un angle renouvelé. Muni d'une nouvelle lentille d'observation, on y verra autre chose qu'un «pacte entre ennemis» ou un «compromis entre des intérêts antagonistes, âprement défendus»<sup>111</sup>. Le contrat prendra plutôt la forme d'un instrument d'organisation et de planification d'une relation de

---

<sup>109</sup> En France, les partenaires inscrits («les pacsés») doivent impérativement s'apporter une aide mutuelle et matérielle et ne peuvent se soustraire à ce devoir par voie conventionnelle. Art. 515-4 C. civ. En Belgique, ils doivent obligatoirement contribuer aux charges de la vie commune en proportion de leurs facultés respectives. Art. 1477 para. 3 C. civ. belge. Aux termes du régime d'«union civile» québécois, les partenaires sont assujettis au même régime primaire que les époux. Voir, art. 521.5 C.c.Q.

<sup>110</sup> Voir section V.B ci-dessus.

<sup>111</sup> Voir J.-G. Belley, «Max Weber et la théorie du droit des contrats» (1988) 9 *Droit et Société* 281 à la p. 287 ; J. Mestre, «L'évolution du contrat en droit privé français» dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, 41 à la p. 45. Dans le même sens, Marc Mignot écrit : «Dans le contrat ordinaire, deux individus se font face et s'opposent par des intérêts divergents». Mignot, *supra* note 21 à la p. 615.

longue durée. Il symbolisera la poignée de mains engageante qui rapproche les partenaires et qui consolide la relation.

Comme tout autre observateur, le législateur aurait avantage à diversifier ses lentilles. Il pourrait alors saisir le grand potentiel du modèle contractuel et lui procurer un environnement susceptible d'en assurer le déploiement dans le respect des valeurs de justice, de liberté et de diversité qui caractérisent la société canadienne.

---



*MCGILL LAW JOURNAL ANNUAL LECTURE SERIES*

---

*SÉRIE ANNUEL DE CONFÉRENCES DE LA REVUE DE  
DROIT DE MCGILL*

