

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Partenariat civil et couples de même sexe : la réponse du Québec*

Alain Roy**

Résumé

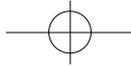
L'avant-projet de Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives propose l'adoption d'un régime de partenariat civil établissant, au bénéfice exclusif des couples de même sexe, un cadre juridique pratiquement identique à celui dont jouissent les couples mariés. Bien que l'auteur du présent article reconnaisse sans réserve le bien-fondé d'une réponse législative aux besoins de reconnaissance et de légitimité sociales et juridiques exprimés par les couples homosexuels, il suggère d'élargir les conditions d'accessibilité de l'union civile en faveur de tous les conjoints de fait, indépendamment de leur orientation sexuelle. Au nom des valeurs conjugales

Abstract

Quebec's proposed Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives proposes the adoption of a domestic partnership regime establishing a legal framework exclusively for same-sex couples that is practically identical to the one enjoyed by married couples. Although the author of this article fully acknowledges the justified grounds for a legislative response to same-sex couples' need for social and legal recognition and legitimacy, he suggests that civil union conditions of accessibility be extended to include all common law spouses who desire that status, regardless of their sexual orientation. In the name of today's prevailing family values, the

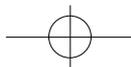
* Ce texte constitue une version légèrement remaniée du mémoire portant sur l'Avant-projet de *Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives* soumis par l'auteur à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec le 22 janvier 2002. L'auteur remercie chaleureusement ses collègues, les professeurs Adrian Popovici et Benoit Moore, pour leurs précieux commentaires. Il va de soi, cependant, que les opinions exprimées dans le présent texte n'engage que son auteur.

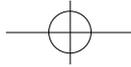
** Docteur en droit, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, notaire.



aujourd'hui dominantes, l'auteur questionne également l'opportunité d'instaurer la société d'acquêts à titre de régime « partenarial » légal et d'assujettir les partenaires à un régime primaire impératif qui réduit à peu de chose leur liberté contractuelle. L'auteur souscrit par ailleurs à la perspective déjudiciarisée qui sous-tend la dissolution de l'union civile par consentement mutuel, mais émet certaines critiques quant aux conditions qui y donnent ouverture. Il propose enfin d'offrir aux partenaires une alternative à l'adjudication judiciaire des litiges pouvant les opposer sur l'une ou l'autre des conséquences accessoires résultant de leur rupture, en invitant le législateur à leur ouvrir les portes de l'arbitrage conventionnel.

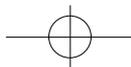
author also examines the opportunity of instituting a partnership of acquets as a legal "partnership" regime and subjecting partners to an imperative primary regime that would cancel out their liberty of contract. The author subscribes to the dejudicialized viewpoint that underlies the dissolution of civil unions by mutual consent, but comments upon the conditions that make it possible. Finally, he suggests that partners be provided with an alternative to the legal adjudication of disputes that may lead to them being set against each other with regard to the incidental consequences of their dissolution, by inviting lawmakers to make conventional arbitration available to them.

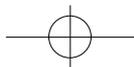
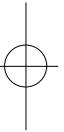
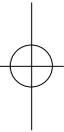


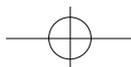


Plan de l'article

Introduction	667
I. Les orientations générales de l'union civile	670
A. Les conditions d'accessibilité de l'union civile	671
B. Les finalités de l'union civile	678
II. Les effets civils de l'union civile	680
A. L'assiette du régime juridique	680
B. La portée du régime juridique	687
III. La dissolution de l'union civile	690
A. La dissolution consensuelle	691
B. Le mode de résolution des différends	694
Conclusion	696



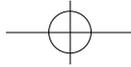




La reconnaissance sociale et juridique des couples de même sexe représente, pour nombre de pays occidentaux, un enjeu politique très épineux. Les discussions législatives sur la question soulèvent les passions et, bien souvent, entraînent de profonds clivages¹. Pour les uns, le droit à l'égalité justifie l'ouverture des portes du mariage aux couples homosexuels, sans compromis. Pour les autres, le mariage est, par définition, l'union d'un homme et d'une femme vouée à la reproduction de l'espèce².

La société québécoise ne saurait faire l'économie d'un tel débat. Ici comme ailleurs, les revendications se font de plus en plus aiguës. Les couples de même sexe exigent un véritable débat de société quant à leur place sur l'échiquier juridique québécois³. À défaut de solutions législatives satisfaisantes, ils tenteront de fissurer, à coup de requêtes et d'actions en justice, le mur qui les sépare des couples hétérosexuels et, ultimement, d'en provoquer l'effondrement⁴.

-
- ¹ Voir, d'ailleurs : François COURTRAY, « Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », *Rev. dr. sanit. et soc.* 2000.1, 21.
 - ² Patrick COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2001, n^o 601, p. 237; voir également : Margrit EICHLER, *Family Shifts – Families, Policies, and Gender Equality*, London, Oxford University Press, 1997, p. 3.
 - ³ Pour un bref exposé sur l'histoire des revendications des couples de même sexe, voir : Ann ROBINSON, « Le mariage pour les gais et lesbiennes », document produit dans le cadre de la requête en jugement interlocutoire présentée par Michael Hendricks et René Leboeuf, chapitre 1.3, disponible sur Internet à l'adresse [www.fugues.com/mariage/index.html].
 - ⁴ Un arrêt récent de la Cour suprême démontre les percées importantes réalisées par les couples de même sexe. Dans l'affaire *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, la Cour a jugé contraire à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11]) la disposition du *Ontario Family Act* (R.S.O. 1990, c. F-3) niant aux conjoints de fait homosexuels le droit reconnu aux conjoints mariés ou unis de fait hétérosexuels de se réclamer l'un de l'autre une pension alimentaire. Rappelons que la première victoire morale des couples de même sexe avait eu lieu quatre ans auparavant, au terme de l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. Dans cette affaire, un couple de même sexe contestait la validité de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (L.R.C. (1985), c. 0-9) réservant les allocations de retraite aux seuls couples mariés et unis de fait hétérosexuels. À l'unanimité, les neuf juges de la Cour suprême se sont ralliés à l'opinion selon laquelle l'orientation sexuelle est « une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix inacceptable et qui, partant, entre dans le champ de protection de l'article 15



Au-delà de l'ouverture manifestée en 1999 lors de l'adoption de la loi *omnibus* permettant aux conjoints homosexuels de bénéficier des mêmes droits et avantages sociaux que ceux déjà attribués aux conjoints de fait de sexe opposé⁵, le législateur québécois se doit donc d'étudier les diverses possibilités qui s'offrent à lui pour répondre adéquatement aux attentes exprimées.

Évidemment, le Québec ne pourrait pas, à l'instar des Pays-Bas⁶, autoriser le *mariage* homosexuel. En vertu de l'article 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷, seul le Parlement fédéral⁸ aurait

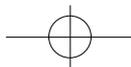
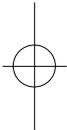
parce qu'elle est analogue aux motifs énumérés » (propos du juge La Forest, p. 528). Cependant, 5 juges sur 4 ont considéré valide et justifié le refus du législateur fédéral d'accorder des allocations de retraite aux couples de même sexe.

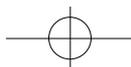
⁵ *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14. Le législateur fédéral a également accordé aux conjoints de même sexe des prérogatives similaires à celles déjà reconnues aux conjoints mariés et aux conjoints de fait hétérosexuels (répondant à certaines conditions statutaires) : *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12. Pour un aperçu des droits sociaux et fiscaux accordés aux couples de même sexe dans les autres provinces canadiennes, voir : Martha BAILEY, *Le mariage et les unions libres*, étude publiée sur le site Internet de la Commission du droit du Canada à l'adresse [www.cdc.gc.ca], Annexe C.

⁶ Cette loi a été adoptée à l'automne 2000. Voir : Nancy G. MAXWELL, « Opening Civil Marriage to Same-Gender Couples: A Netherlands-United States Comparison », *Electronic Journal of Comparative Law*, Nov. 2000, [www.comparativelaw.org]. 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 les communiqués de presse émis par le Cabinet du ministre de la Justice les 22 juin et 7 décembre 2001, disponibles sur le site Internet du ministère de la Justice de la Belgique à l'adresse [www.cass.be/justice/fr]; voir également : Nathalie DUBOIS, *Libération*, jeudi 5 avril 2001, p. 14.

⁷ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

⁸ Il serait pour le moins étonnant que le législateur canadien adopte une législation en ce sens, du moins à court terme, puisqu'il a pris soin d'ajouter, à l'article 1.1 de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* (précitée, note 5), la règle d'interprétation suivante : « Il demeure entendu que les modifications que la présente loi apporte ne changent pas le sens du terme "mariage", soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne ». Évidemment, les tribunaux canadiens pourraient, à l'avenir, influencer fortement le débat législatif. Plusieurs considèrent que l'exclusion des couples de même sexe de la sphère matrimoniale constitue une violation injustifiée de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 4. Or, les tribunaux de trois provinces (Québec, Nouvelle-Écosse et Ontario) ont déjà été saisis de la question et rendront





le pouvoir d'initier semblable réforme⁹. Mais, à l'intérieur des prérogatives constitutionnelles qui lui sont conférées, le législateur québécois peut certainement offrir aux couples homosexuels l'encadrement législatif dont ils sont actuellement privés et contribuer, ne serait-ce que partiellement, à leur procurer un statut civil et juridique susceptible d'étancher leur soif de légitimité et de reconnaissance sociale.

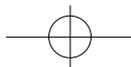
En déposant l'avant-projet de loi intitulé *Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*¹⁰, le ministre de la Justice du Québec emprunte la voie tracée par plusieurs législateurs étrangers qui, au cours des dernières années, ont élaboré différentes structures d'enregistrement civil parallèles au mariage¹¹. Généralement connues sous le nom de « *Registered Domestic Partnership* » (RDP), ces structures permettent aux partenaires qui souhaitent se doter d'un cadre législatif de procéder à l'inscription de leur relation dans un registre public tenu par l'État ou l'un de ses organes. En plus de

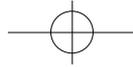
incessamment leur décision. Compte tenu de l'importance de l'enjeu, on peut présumer que les parties impliquées porteront ultimement l'affaire devant la Cour suprême. Sur la question, voir généralement : Donald G. CASSWELL, « Moving Toward Same-Sex Marriage », (2001) 80 *R. du B. can.* 810; Bruce MACDOUGALL, « The Celebration of Same Sex Marriage », (2000-2001) 32 *R.D. Ottawa* 235, 241; Benoît MOORE, « L'union homosexuelle et le Code civil du Québec : De l'ignorance à la reconnaissance », texte à paraître dans la *Revue du Barreau canadien*; voir également : Daniel BORILLO, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », (2001) 46 *McGill L.J.* 875.

⁹ Nicholas BALA, *Cases and Comments: Alternatives for Extending Spousal Status in Canada*, étude publiée sur le site Internet de la Commission du droit du Canada à l'adresse Internet [www.cdc.gc.ca].

¹⁰ 2^e session, 36^e législature (Québec), ci-après cité « avant-projet de loi ».

¹¹ Conformément à l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (précitée, note 7) qui accorde aux provinces le pouvoir d'adopter des lois relatives à la propriété et aux droits civils, le législateur québécois aurait toute latitude pour mettre en place une telle structure et en aménager la portée en fonction des particularités propres au droit québécois. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en est arrivée la Commission de réforme du droit de l'Ontario en 1993, à l'occasion d'une étude recommandant l'établissement d'un régime d'enregistrement des unions de fait : ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*, Toronto, 1993. Voir également : N. BALA, *op. cit.*, note 9.





leur procurer certains des droits et des obligations traditionnellement associés au mariage, l'inscription leur confère généralement un statut civil¹².

Nous souhaitons, dans le présent article, commenter les principaux axes autour desquels s'articule le régime d'union civile proposé par le ministre de la Justice, reportant à une étape ultérieure l'étude détaillée des dispositions qui le composent. À ce stade préliminaire du processus législatif, mieux vaut analyser le plan d'ensemble du régime suggéré que de dissenter sur ses rouages techniques et procéduraux.

Nous nous attarderons d'abord aux orientations générales de l'union civile (I), pour ensuite nous intéresser à ses effets (II). Nous terminerons l'analyse en nous penchant brièvement sur les modes de dissolution proposés (III). Pour chacun des thèmes étudiés, nous nous permettrons, à l'occasion, de comparer les perspectives adoptées par le ministre de la Justice dans l'avant-projet de loi avec celles retenues en semblable matière par la France (PACS), la Belgique (cohabitation légale), l'État du Vermont (« *Civil Union* ») et la province de la Nouvelle-Écosse (« *Domestic Partnership* »)¹³.

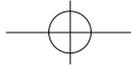
I. Les orientations générales de l'union civile

Le partenariat civil n'est pas une institution uniforme. L'analyse des législations étrangères ayant instauré cette nouvelle forme d'organisation juridique des rapports intimes permet de constater la pluralité des options disponibles et des orientations préconisées¹⁴. De façon générale, les grandes orientations du partenariat

¹² Pour une énumération des différents États qui ont mis sur pied de tels régimes et pour une description sommaire de leur législation respective, voir : « Legal Marriage Report – Global Status of Legal Marriage », *Partners*, juin 2001, Seattle, Washington, publié à l'adresse Internet [www.buddybuddy.com].

¹³ Voir d'ailleurs : Alain ROY, « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », à paraître en 2002 dans la *Revue internationale de droit comparé*.

¹⁴ « Par delà l'expression de partenariat enregistré, qui est fort trompeuse en ce qu'elle semble revêtir partout la même signification, se cache une réalité qui n'est pas la même dans tous les pays » : Marc MIGNOT, « Le partenariat enregistré en droit international privé », R.I.D.C. 2001.601,603; voir également les commentaires formulés dans : Frédérique GRANET, « Pacte civil de solidarité. Aspects comparés et internationaux », J.C.P. éd. N. 2000.I.371.



civil peuvent se déduire de ses conditions d'accessibilité (A) et des finalités qui lui sont reconnues (B).

A. Les conditions d'accessibilité de l'union civile

Les législations étrangères adoptées au cours des dernières années proposent des modèles de partenariat civil plus ou moins inclusifs. Alors que certains États en réservent l'accès aux couples homosexuels¹⁵, d'autres, en revanche, autorisent l'ensemble des conjoints à y adhérer, peu importe leur orientation sexuelle¹⁶. L'avant-projet de loi adopte une orientation restrictive en aménageant l'union civile au bénéfice des seuls couples de même sexe¹⁷.

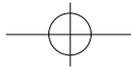
Compte tenu des particularités du droit québécois, cette orientation devrait, à notre avis, être remise en question. En réclamant une plus grande reconnaissance sociale et juridique, les couples de même sexe ont provoqué une certaine prise de conscience qui dépasse aujourd'hui leur propre cause. Par leurs revendications, ils ont contribué à mettre en lumière le vide juridique qui absorbe l'ensemble des conjoints de fait, indépendamment de leur orientation sexuelle. Malgré son importante progression depuis le début des années soixante-dix¹⁸, rappelons-le, le droit privé

¹⁵ Voir, par exemple, les régimes établis dans les pays scandinaves et, plus près de nous, le régime adopté dans l'État du Vermont : A. ROY, *loc. cit.*, note 13.

¹⁶ Voir, par exemple, les régimes établis en France, en Belgique et en Nouvelle-Écosse : A. ROY, *loc. cit.*, note 13.

¹⁷ Avant-projet de loi, art. 21, introduisant l'article 521.1 au *Code civil du Québec*. Le jour de la remise finale de ce texte, coïncidant avec la fin de la commission parlementaire, nous apprenions avec satisfaction l'intention du ministre de la Justice d'élargir, aux termes de l'éventuel projet de loi, l'accès à l'union civile en faveur de tous les couples en union de fait, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels. L'analyse qui suit demeure néanmoins pertinente puisqu'elle permet d'appuyer la nouvelle orientation ministérielle. Voir le Journal des débats de la Commission des institutions à l'adresse Internet : [www.assnat.qc.ca/fra/publications/debats].

¹⁸ 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, Gouvernement du Québec, 2000, p. 17 et 18.



québécois ne s'intéresse nullement au phénomène de l'union de fait¹⁹, si ce n'est de façon purement accessoire²⁰.

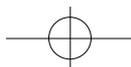
Si, au nom du principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté de choix, le législateur québécois s'est délibérément abstenu de combler ce vide juridique²¹, il y a fort à parier qu'une forte pression jurisprudentielle l'amènera tôt ou tard à revoir ses orientations. Empruntant la voie tracée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Miron c. Trudel*²², certains tribunaux canadiens n'hésitent plus à concevoir l'état matrimonial comme un motif de discrimination au sens de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des*

¹⁹ En revanche, le législateur québécois n'a pas hésité à attribuer aux conjoints de fait la plupart des droits sociaux et fiscaux traditionnellement reconnus aux conjoints mariés. En matière fiscale, voir : *Loi modifiant la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal*, L.Q. 1994, c. 22, art. 44; *Loi modifiant la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1995, c. 1, art. 13. En matière sociale, voir l'énumération présentée dans: Marc-André DOWD, « Les familles de fait », dans Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, t. 2, Montréal, Adage, 1995, module 1, p. 3 et 4. Soulignons, une fois de plus, que le législateur provincial a récemment étendu l'ensemble des droits sociaux et fiscaux prévus aux termes de ces législations aux couples de même sexe : *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, précitée, note 5.

²⁰ Le Code civil fait mention des « concubins » en matière d'adoption (art. 555 et 579), de droit au maintien dans les lieux loués (art. 1938) et de reprise de logement dans un immeuble détenu en copropriété indivise (art. 1958).

²¹ Voir les déclarations émises par les parlementaires lors de la deuxième lecture du projet de loi 89 intitulé *Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme du droit de la famille*, dans *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, vol. 23, n° 15, 4 décembre 1980. Plus récemment, l'ancien ministre de la Justice du Québec, M. Serge Ménard, déclarait: « Lorsque le législateur a révisé le droit de la famille, tant en 1980 qu'en 1991, il s'est interrogé sur l'opportunité de prévoir des conséquences civiles aux unions de faits. S'il s'est abstenu de le faire, c'est par respect pour la volonté des conjoints : quand ils ne se marient pas, c'est qu'ils ne veulent pas se soumettre au régime légal du mariage » : propos rapportés dans M. BAILEY, *op. cit.*, note 5.

²² [1995] 2 R.C.S. 418. Dans cette affaire, cinq des neuf juges de la Cour suprême ont, sur la base de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (précitée, note 4), déclaré discriminatoires à l'encontre des conjoints de fait hétérosexuels les dispositions de la *Loi sur les assurances ontarienne* (L.R.O. 1980, c. 218) réservant le versement d'indemnités d'assurance-accidents aux seuls conjoints mariés.



droits et libertés, quelle que soit la nature des droits en cause²³. Les législations provinciales qui accordent des droits civils exclusifs aux seuls conjoints mariés prêtent donc le flanc à la contestation constitutionnelle²⁴. Tel pourrait bien être le cas, à plus ou moins long terme, du *Code civil du Québec*²⁵.

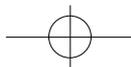
En aménageant une structure législative destinée à l'ensemble des couples qui, en raison de leurs convictions personnelles, religieuses, sociales ou autres²⁶, ne veulent pas intégrer le cadre matrimonial, mais souhaitent néanmoins bénéficier d'un cadre de droits et d'obligations, le législateur québécois contribuerait vraisemblablement au relâchement de la pression jurisprudentielle. Ses lois ne seraient plus exclusivement réservées à ceux et celles qui ont fait le choix de s'engager dans une institution qui, de l'aveu même de la Cour suprême, demeure lourdement chargée sur les

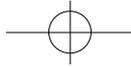
²³ Précitée, note 4. Ainsi, dans l'arrêt *Walsh c. Bona*, [2000] N.S.J. (Quicklaw) n° 117, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a déclaré discriminatoires à l'encontre des conjoints de fait hétérosexuels les dispositions du *Matrimonial Property Act* (R.S.N.S. 1989, c. 275) réservant le partage des biens matrimoniaux aux seuls couples mariés. Dans l'arrêt *Taylor c. Rossu*, [1999] 1 W.W.R. 85, la Cour d'appel de l'Alberta a jugé discriminatoires à l'encontre des conjoints de fait hétérosexuels les dispositions du *Domestic Relations Act* (R.S.A. 1980, c. D-37) limitant l'obligation alimentaire aux seuls couples mariés. Postérieurement à cette décision, le législateur albertain a dû se résoudre à modifier la loi dans le but d'étendre l'obligation alimentaire aux conjoints de fait hétérosexuels : *Domestic Relations Amendment Act*, S.A. 1999, c. 20. Dans l'affaire *Johnson c. Sand*, [2001] A.J. (Quicklaw) n° 390, la Surrogate Court de l'Alberta a déclaré discriminatoires à l'encontre d'un conjoint de fait survivant (il s'agissait en l'espèce d'un conjoint homosexuel) les dispositions du *Intestate Succession Act* (R.S.A. 1980, c. I-9) réservant la vocation successorale au seul conjoint marié survivant.

²⁴ À la suite de l'arrêt *Miron*, précité, note 22, la professeure Bailey avait prédit en ces termes la vulnérabilité des législations octroyant des droits civils exclusifs aux conjoints mariés : « Une loi telle que la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario qui exclut de la définition du terme "conjoint", aux fins de l'égalisation des biens familiaux nets, les couples hétérosexuels qui vivent en unions libres pourrait être contestée comme étant discriminatoire sur la base de l'arrêt *Miron* [sic] » : M. BAILEY, *op. cit.*, note 5. L'arrêt *Walsh c. Bona* (précité, note 23) lui donne entièrement raison.

²⁵ Voir : Alain 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.* 431.

²⁶ Voir d'ailleurs *supra*, p. 677 et 678.





plans religieux et social²⁷; elles seraient tout aussi accessibles aux autres couples qui désirent s'en prévaloir²⁸.

En somme, le législateur québécois aurait avantage à unifier sa réflexion, sans attendre qu'une décision judiciaire ne l'y oblige²⁹, en lui imposant certaines contraintes additionnelles³⁰. Si l'on souhaite préserver la cohérence du Code civil et l'économie générale qui le distingue, mieux vaut prévenir les réaménagements à la pièce que pourrait commander la jurisprudence des tribunaux québécois et, éventuellement, de la Cour suprême³¹.

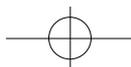
²⁷ Voir : *Miron c. Trudel*, précité, note 22, 418, 472-474 et 498.

²⁸ Certains jugeront insuffisante la perspective d'un régime juridique dont l'application dépend tout de même d'un acte de consentement des deux conjoints de fait (« *opting in* »). Ils considéreront qu'un tel régime reproduit ni plus ni moins le schème « optionnel » du mariage et ne règle en rien le problème de discrimination soulevé par les tribunaux. Seul l'établissement d'un cadre de droits et d'obligations s'appliquant automatiquement aux conjoints de fait leur apparaîtra satisfaisant. Nous espérons que les tribunaux n'adhéreront pas à cette conception qui réduit l'autonomie de la volonté et le libre choix au rang de considérations tout à fait marginales.

²⁹ Commentant la jurisprudence récente, Martha A. McCarthy et Joanna L. Radbord observent d'ailleurs : « *Whether by law reform or court challenge, these decisions confirm that we are moving toward equitable treatment of all intimate partners, be they married, opposite sex, or same sex cohabiters* » : Martha A. McCARTHY et Joanna L. RADBORD, « Family Law for Same Sex Couples: Chart(ering) the Course », (1998) 15 *Revue canadienne de droit familial* 101, 107.

³⁰ À ce sujet, voir les principes établis en matière de réparations constitutionnelles dans les arrêts *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

³¹ Certains demeurent toutefois conscients du caractère particulièrement délicat des enjeux en cause. Ainsi, dans l'affaire *M. c. H.*, précitée, note 4, 171, le juge Bastarache écrit : « À mon avis, la polycentricité des questions que soulèvent les définitions du mariage et de l'état de conjoint de fait justifie que les tribunaux agissent avec prudence lorsqu'ils sont invités à annuler des classifications législatives [...] Les tribunaux ne sont tout simplement pas en mesure de gérer des réformes politiques globales. Le tribunal qui doit intervenir doit donc circonscrire le plus possible son intervention. » Malgré ces avertissements, certains tribunaux se permettent néanmoins de « réécrire » les dispositions législatives qu'ils ont préalablement déclarées inconstitutionnelles. Le professeur Woehrling observe d'ailleurs : « On sait que les cours suprêmes et constitutionnelles rédigent souvent des jugements dit "constructifs", dans lesquels elles indiquent avec beaucoup de détails comment le législateur doit corriger sa loi pour la rendre conforme à la constitution. Parfois, la Cour va jusqu'à rédiger elle-même le nouveau régime législatif. Elle se trouve alors à imposer une norme *positive*, parfois dans les moindres détails, à toutes les entités fédérées » : José WOEHLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du



Par ailleurs, il apparaît illégitime d'ériger un système excluant une catégorie de conjoints de fait en raison de leur sexe, en réponse à l'exclusion discriminatoire dont les couples de même sexe sont victimes en droit matrimonial³². Une discrimination ne saurait valablement en justifier une autre. En fait, retenir l'orientation sexuelle comme critère inclusif est tout aussi discutable en matière de partenariat civil qu'en matière de mariage.

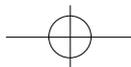
Enfin, il est fort probable qu'un régime limité aux seuls couples homosexuels desserve éventuellement leur propre cause, en les enfermant à l'intérieur d'un « ghetto juridique »³³. Or, il serait pour le moins ironique de répondre aux aspirations égalitaires des couples de même sexe... en les marginalisant davantage. Si le législateur québécois souhaite satisfaire la communauté homosexuelle, il se doit d'être particulièrement attentif aux effets pervers pouvant résulter d'une intervention législative mal orientée. Bref, le législateur québécois aurait grandement intérêt à élargir l'angle d'observation de l'union civile au-delà de la seule question homosexuelle.

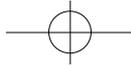
Cela dit, il faut demeurer conscient des critiques que pourrait soulever l'établissement, au bénéfice des conjoints de fait hétérosexuels, d'un nouvel état de droit. Le mariage ne devrait-il pas,

Canada, (2000) 46 *McGill L.J.* 21, 56. Ainsi, dans l'affaire *Re Nova Scotia (Birth Registration No. 1999-02-004200)*, [2001] N.S.J. (Quicklaw) n° 261, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a littéralement « amendé » la législation concernant l'adoption, de manière à permettre à des conjointes homosexuelles d'adopter un enfant en commun.

32 Cette perspective semble être partagée par Harry D. KRAUSE, « Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex – or Not at All? », (2000) 34 *Family Law Quarterly* 271, 295. S'il faut en croire les médias, les représentants de la communauté homosexuelle opineraient également en ce sens : « Les groupes gays demandent aussi au ministre Bégin de rendre accessible cette "union civile" aux hétérosexuels qui préféreraient cette formule au mariage civil, pour éliminer un autre facteur de discrimination » : Denis LESSARD, « Québec reconnaîtra les mariages civils homosexuels », Montréal, *La Presse*, 8 décembre 2001.

33 Certains assimilent cette approche à la doctrine ségrégationniste connue sous le nom de « *Separate but Equal* ». Voir, notamment : Barbara J. COX, « Essay: But why not Marriage: An Essay on Vermont's Civil Unions Law, Same-Sex Marriage, and Separate but (Un)equal », *Vt. L. Rev.* 113 (2000); D.G. CASSWELL, *loc. cit.*, note 8, 853 et 854; M.A. McCARTHY et J.L. RADBORD, *loc. cit.*, note 29, 123. Sur le sujet, voir également les commentaires formulés dans : H.D. KRAUSE, *loc. cit.*, note 32, 287; HARVARD LAW REVIEW EDITORS, « Recent Legislations – Domestic Relations – Same-Sex Couples – Vermont Creates System of Civil Unions », 114 *Harv. L. Rev.* 1421, 1425 (2001).





logiquement, constituer la seule et unique réponse à leur besoin d'encadrement légal³⁴?

Il est vrai qu'en permettant aux couples hétérosexuels d'adhérer au partenariat civil, le législateur se trouve à mettre à leur disposition une deuxième voie pour intégrer formellement l'ordre juridique. Et alors? Au nom de quoi le mariage civil devrait-il absolument conserver le monopole?

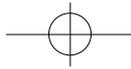
D'aucuns invoqueront les garanties de stabilité que procure le mariage. Il est impérieux, plaideront-ils, de préserver et de promouvoir la formule d'engagement optimale que constitue le mariage. À ceux-là, on pourra rappeler que les statistiques récentes affichent un taux de divorce avoisinant les 50%³⁵. La stabilité du mariage est donc toute relative. On pourra également rappeler que, dans l'état actuel des choses, une forte proportion de couples hétérosexuels ne se prévalent pas du droit au mariage, choisissant plutôt de vivre leur relation en marge de l'ordre juridique. Or, si le partenariat civil attire dans ses rangs des couples qui seraient autrement demeurés en union de fait, on pourra difficilement y voir une marque de désengagement conjugal.

D'autres pourraient craindre la confusion engendrée par la multiplication des cadres juridiques. À ceux-là, on pourra répondre qu'un éventuel régime de partenariat civil destiné à l'union de fait pourrait, au contraire, favoriser une meilleure compréhension des enjeux. À l'heure actuelle, plusieurs conjoints de fait ont la ferme conviction qu'aux termes d'un certain nombre d'années ou suite à la naissance d'un enfant, ils acquerront l'ensemble des droits civils résultant du mariage³⁶. Or, rien n'est plus faux. La mise en place

³⁴ C'est ce que prétendent certains observateurs. Voir, par exemple : F. COURTRAY, *loc. cit.*, note 1, 18; Gérard CORNU, *Droit civil de la famille*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, n° 53, p. 115 et 116.

³⁵ Voir : CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *op. cit.*, note 18, p. 18. Voir également les éléments soulevés dans l'affaire *Walsh c. Bona*, précitée, note 23, n^{os} 70-72.

³⁶ Voir : Jacques BEAULNE, « Aperçu de la situation juridique des conjoints de fait au Québec : Aspects civils, sociaux et fiscaux », dans Jacques BEAULNE et Michel VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 222, aux pages 236 et 237; Denis LAPIERRE, « Les contrats de vie commune », dans *Développements récents sur l'union de fait*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 31, à la page 33; Benoît MOORE, « La notion de parent psychologique et le Code civil du Québec », (2001) 103 R. du N. 115, 120, note 23.



d'un système d'enregistrement civil de l'union de fait pourrait donc amener plusieurs personnes à s'interroger sur la portée juridique de l'union de fait non formalisée et à prendre conscience de ses limites.

Au-delà de la rationalité juridique d'une telle proposition, il faut encore s'interroger sur sa pertinence. Pourquoi des couples hétérosexuels qui refusent le mariage adhèreraient-ils au nouveau cadre juridique que constituerait le partenariat civil? Au moins deux raisons apparentes peuvent être invoquées.

D'une part, certains couples peuvent refuser le mariage en raison des nombreuses contraintes juridiques qui l'accompagnent. Pensons simplement à la procédure de divorce dont la lourdeur est de nature à en effrayer plus d'un³⁷. La mise en place d'un nouveau cadre juridique allégeant le processus de dissolution « conjugale » pourrait, en ce sens, représenter un intérêt certain³⁸. Commentant le PACS français, le professeur Alain Bénabent écrit d'ailleurs :

[...] nombreux sont, dans les jeunes générations, ceux qui souhaitent s'unir librement, sans subir le long joug d'un droit du mariage trop étatique et surtout sans s'exposer aux avanies d'un droit du divorce dont ils ont vu les ravages sur leurs parents, tant il est encore imprégné d'une logique d'indissolubilité du mariage imposant la nécessité d'une « cause » et l'asservissement à une procédure complexe et destructrice.³⁹

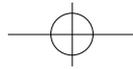
D'autre part, l'héritage culturel du mariage peut, à certains égards, paraître rebutant. Pour certains, le mariage incarnera toujours l'inégalité des sexes et le conformisme social. Pour d'autres, le mariage ne pourra jamais faire fi de ses racines religieuses. Même célébré au palais de justice par un greffier, il portera à jamais les stigmates de son passé canonique⁴⁰. Si de tels symboles sont de

³⁷ Voir d'ailleurs : Alain ROY, « Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, à paraître aux Éditions Thémis au printemps 2002.

³⁸ Voir : Solange BRAT, « Y a-t-il encore une liberté en dehors du mariage », (1998) *Actualité juridique, sociale et fiscale*, 34; voir également : François SAUVAGE, « PACS, mode d'emploi n° 2 (à propos de la circulaire du 11 octobre 2000) », J.C.P. éd. N. 2001.I.959.

³⁹ Alain BÉNABENT, *Droit civil de la famille*, 10^e éd., Paris, Litec, 2001, n° 430, p. 253.

⁴⁰ Voir : Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille au Québec*, Édition mise à jour, Anjou, C.E.C., 1998, p. 44 et suiv.; Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 33 et suiv.



nature à expliquer le rejet du cadre matrimonial⁴¹, l'intérêt d'aménager un nouveau cadre reflétant clairement les valeurs conjugales contemporaines paraît évident.

B. Les finalités de l'union civile

Prétendre que le partenariat civil peut avantageusement être aménagé au bénéfice de tous les couples, sans discrimination, ne revient pas à nier ou à banaliser les besoins particuliers des couples de même sexe qui, contrairement aux couples de sexe opposé, ne disposeront que d'une seule voie pour intégrer l'ordre juridique formel, l'accès au mariage leur étant refusé.

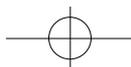
À travers leurs revendications, les couples de même sexe manifestent essentiellement deux grands besoins complémentaires. Ils souhaitent, d'une part, obtenir une meilleure protection juridique et, d'autre part, une plus grande reconnaissance sociale. Il s'agit là, à notre avis, d'une dualité indissociable. Or, les régimes de partenariat civil établis dans certains pays négligent le besoin de reconnaissance sociale des couples de même sexe, en leur proposant un cadre purement instrumental.

Ainsi, le législateur français limite les fonctions du PACS à l'attribution d'un certain nombre de droits et d'obligations traditionnellement associés au mariage. Il entend procurer aux partenaires une certaine protection juridique, sans pour autant leur octroyer un véritable statut civil consigné au registre de l'état civil, symbole par excellence de l'existence sociale et juridique des personnes et de leurs institutions⁴². Le PACS, soulignons-le, est formellement défini comme un contrat. Le législateur français a déployé moult efforts pour éviter qu'on ne puisse l'assimiler, de près ou de loin, à une véritable institution concurrente au mariage. En somme, le PACS est dénué de toute fonction symbolique⁴³.

⁴¹ Voir d'ailleurs : *Miron c. Trudel*, précité, note 22, 498.

⁴² Le professeur Guy Raymond écrit : « [...] Le Pacte civil de solidarité demeure un acte sous seing privé qui n'entraîne aucune conséquence sur l'état des personnes; il n'y a lieu à l'établissement d'aucun acte de l'état civil. Le greffier du tribunal d'instance se borne à enregistrer un acte sous seing privé conclu par les deux partenaires » : Guy RAYMOND, « Pacs et droit des contrats », *Cont. conc. cons.* 2000.chr.4,5.

⁴³ Voir cependant : M. MIGNOT, *loc. cit.*, note 14, 622.



Au contraire, les régimes mis en place aux termes des lois du Vermont, de la Nouvelle-Écosse et de la Belgique, pour ne nommer que ceux-là, cherchent manifestement à répondre aux deux besoins⁴⁴. En accordant aux partenaires qui satisfont aux exigences de la loi un véritable état civil, ces législations leur confèrent un statut social et juridique qui officialise leur relation de manière probante.

À l'instar des régimes vermontois, néo-écossais et belge, l'avant-projet de loi attribue aux partenaires un véritable statut civil⁴⁵. Il faut se réjouir d'une telle attribution, dont l'importance symbolique ne saurait être déniée. À défaut de pouvoir redéfinir le mariage civil, le législateur québécois se doit d'aménager, à leur bénéfice, une plate-forme de rayonnement social susceptible de répondre, ne serait-ce que partiellement, à leur soif de légitimité⁴⁶. L'émission d'un acte d'état civil certifiant l'existence formelle du partenariat représente, à cet égard, la solution optimale.

On peut d'ailleurs présumer que les couples homosexuels québécois ne se contenteraient nullement d'un régime législatif leur appliquant, par analogie, certaines des dispositions régissant les relations patrimoniales et extrapatrimoniales des conjoints mariés, sans pour autant leur octroyer un statut civil digne de ce nom. Ils accuseraient le législateur d'aborder leur relation sous un angle instrumental et, partant, extrêmement réducteur.

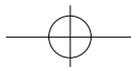
Dans le même sens, il faut saluer le renvoi aux règles relatives à la célébration du mariage enchâssé dans l'avant-projet de loi. En calquant la célébration de l'union civile sur celle du mariage⁴⁷, on s'assurera d'un certain décorum et on préviendra, par le fait même,

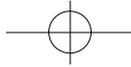
⁴⁴ Voir cependant, à propos du régime belge : Philippe DE PAGE, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », (1999) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 195.

⁴⁵ Avant-projet de loi, art. 10-12, modifiant les articles 107 et 108 C.c.Q. et introduisant les articles 121.1-121.3. au Code civil.

⁴⁶ Voir : M. BAILEY, *op. cit.*, note 5. Évidemment, plusieurs continueront néanmoins de réclamer du législateur fédéral une intervention pour ouvrir le mariage aux couples de même sexe, le mariage représentant la consécration ultime de leur reconnaissance sociale et juridique. Voir notamment : B. MACDOUGALL, *loc. cit.*, note 8, 235.

⁴⁷ Avant-projet de loi, art. 21, introduisant l'article 521.2 au *Code civil du Québec*.





la transformation d'un événement important en simple opération de guichet⁴⁸, dénuée de toute valeur symbolique.

II. Les effets civils de l'union civile

La définition des effets civils du partenariat représente indéniablement l'un des enjeux législatifs les plus importants. Une telle opération suppose une réflexion en deux temps. Il importe d'abord de s'interroger sur l'étendue de l'assiette des droits et obligations que l'on entend mettre à la disposition des partenaires (A) pour ensuite en établir la portée, en termes impératifs ou supplétifs de volonté (B).

A. L'assiette du régime juridique

L'étendue de l'assiette des droits et obligations aménagée au bénéfice des partenaires traduit, d'une certaine façon, la conception que l'on entretient de leur relation et les valeurs que l'on souhaite y promouvoir. Différents modèles législatifs peuvent, à cet égard, être envisagés. À l'instar des législateurs français et belge, on peut instituer un cadre légal minimaliste, limité aux seuls rapports pécuniaires des partenaires⁴⁹. On peut aussi s'inspirer des législations du Vermont et de la Nouvelle-Écosse en octroyant aux partenaires la totalité ou la quasi-totalité des droits et obligations de nature patrimoniale et extrapatrimoniale traditionnellement associés au mariage⁵⁰.

L'avant-projet de loi attribue aux partenaires l'ensemble des droits et des obligations rattachés au statut matrimonial, du moins dans les rapports personnels et patrimoniaux qu'ils sont appelés à entretenir. Ainsi, les partenaires se verront reconnaître la même vocation successorale que les conjoints mariés⁵¹. Ils bénéficieront également de prérogatives similaires en matière de consentement aux soins⁵².

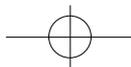
⁴⁸ L'expression provient du professeur Hauser : Jean HAUSER, « Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel? », *Répertoire Deffrénois* 2001.doctr.673,678.

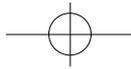
⁴⁹ Voir : A. ROY, *loc. cit.*, note 13.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Avant-projet de loi, art. 27 et suiv.

⁵² *Id.*, art. 142, ajoutant un nouvel article 61.1 à la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., c. I-16).





En outre, les partenaires seront assujettis au même « régime primaire » que les conjoints mariés. Ils seront donc mutuellement soumis à un devoir de respect, de fidélité, de secours et d'assistance. Ils seront tenus de faire vie commune et de contribuer aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives, en plus d'être soumis aux dispositions relatives au patrimoine familial, à la prestation compensatoire et aux mesures de protection de la résidence familiale et des meubles du ménage⁵³.

Tout comme les conjoints mariés, les partenaires ne pourront d'aucune façon déroger aux dispositions de leur « régime primaire », celles-ci étant déclarées impératives⁵⁴. Hormis ces restrictions et sous réserve de l'ordre public, les partenaires conserveront la possibilité d'établir toute stipulation aux termes d'un contrat de partenariat civil notarié⁵⁵. Libres à eux, par exemple, d'adopter conventionnellement l'équivalent d'un régime matrimonial de leur choix. À défaut, le régime légal de la société d'acquêts prévu au Code civil⁵⁶ trouvera application, *mutatis mutandis*⁵⁷.

Sous réserve des commentaires formulés au point suivant quant à la portée impérative des dispositions constituant le « régime primaire » de l'union civile⁵⁸, il nous apparaît parfaitement légitime d'aménager, au bénéfice des partenaires, une assiette de droits et d'obligations similaire à celle dont disposent les conjoints mariés. Aucun motif rationnel ne semble, à première vue, justifier l'établissement d'un cadre limité à certaines prérogatives, la relation des partenaires répondant, en principe, d'une dynamique relationnelle semblable à celle du mariage⁵⁹.

⁵³ Avant-projet de loi, art. 21, introduisant l'article 521.5 au *Code civil du Québec*.

⁵⁴ *Id.*, art. 21, introduisant l'article 521.5, al. 5 au *Code civil du Québec*.

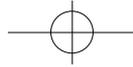
⁵⁵ *Id.*, art. 21, introduisant l'article 521.6 au *Code civil du Québec*.

⁵⁶ C.c.Q., art. 448-484.

⁵⁷ Avant-projet de loi, art. 21, introduisant l'article 521.6, al. 2 au *Code civil du Québec*.

⁵⁸ *Infra*, p. 687 et suiv.

⁵⁹ En ce qui concerne précisément les couples de même sexe, des recherches ont démontré qu'ils forment des unions amoureuses pour les mêmes raisons que les couples hétérosexuels et qu'ils parviennent à vivre des relations de couple aussi stables et satisfaisantes que les hétérosexuels. Voir : Danielle JULIEN et Élise CHARTRAND, « La psychologie familiale des gais et des lesbiennes : perspective de la tradition scientifique nord-américaine », (1997) 29 *Sociologie et Sociétés* 71; voir cependant les nombreuses études citées dans *M. c. H.*, précité, note 4; voir particulièrement les divergences d'opinions exprimées par



Cela dit, l'application analogique du régime légal de la société d'acquêt nous semble inopportune. Cette conclusion ne tient pas à la nature particulière du partenariat civil, mais au caractère trop englobant de la société d'acquêts, en vigueur depuis plus de trente ans. Certes, il ne s'agit pas ici de dissenter sur l'opportunité de soumettre le régime légal applicable en matière matrimoniale à une cure de rajeunissement⁶⁰, mais d'éviter de reproduire, en matière de partenariat civil, un cadre fondé sur des valeurs qui ont subi l'usure du temps.

Sous le régime de la société d'acquêts, rappelons-le, l'ensemble des valeurs acquises ou générées durant le mariage doivent, en principe, être partagées entre les époux au jour de la séparation ou de la dissolution du mariage. À l'exception des biens transmis par héritage ou donation et de ceux étroitement liés à la personne des époux⁶¹, seuls les biens possédés avant le mariage leur demeureront propres. En principe, on justifie donc le caractère partageable d'un bien en raison du fait qu'il a été acquis ou généré *durant* le mariage. Le principal critère de qualification se rapporte non pas à la nature du bien ou à son affectation à une fin particulière, mais au temps de son acquisition.

Admettre un cadre de partage aussi étendu, sur la base d'un tel critère, équivaut à considérer l'union comme une vaste zone d'intérêts communs. Un conjoint a un intérêt éventuel dans tout ce que l'autre accumulera et générera durant le mariage et vice versa. Un pour tous, tous pour un!

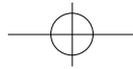
Or, les nouvelles valeurs dominantes appuient selon nous une conception plus nuancée des relations conjugales. Même s'ils peuvent reconnaître l'opportunité d'un partage, les couples contemporains souhaitent généralement conserver certains espaces d'affirmation individuelle où chaque conjoint pourra, indépendamment de son statut matrimonial, mener des activités qui lui sont propres et, en toute légitimité, profiter seul des fruits qui en

les juges Cory (50 et 51), Gonthier (135-137, 153 et 154) et Bastarache (164-167); voir enfin : *Egan c. Canada*, précité, note 4, 609 et 610.

⁶⁰ En ce sens, voir: Alain ROY, « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) 41 *C. de D.* 657, 680-683.

⁶¹ On pense, par exemple, aux vêtements, papiers personnels, alliances, décorations et diplômes, ainsi qu'aux indemnités reçues en réparation d'un préjudice moral ou corporel : C.c.Q., art. 450(5) et 454.





résulteront⁶². Le partage mur à mur que suppose la société d'acquêts risque de compromettre la réalisation de telles aspirations.

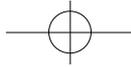
Dans cette perspective, nous sommes d'avis qu'il n'est pas souhaitable d'intégrer au cadre juridique du partenariat civil l'équivalent du régime légal de la société d'acquêts qui, comme en matière matrimoniale, viendrait se superposer au patrimoine familial. En soi, le partage limité que prévoient les dispositions relatives au patrimoine familial assure un équilibre acceptable entre les valeurs de partage et d'autonomie qui dominent le paysage conjugal. Aucun régime « matrimonial » secondaire leur étant applicable, les partenaires seraient alors soumis à l'équivalent d'une séparation de biens, tout en conservant la possibilité d'adopter conventionnellement toute autre stipulation dans leur contrat de partenariat civil.

On ne saurait clore l'étude du régime juridique de l'union civile sans aborder, ne serait-ce que sommairement, les questions de filiation adoptive et biologique susceptibles de se poser durant la relation des partenaires. Quels seront les effets d'un éventuel partenariat civil québécois sur la filiation des enfants? L'avant-projet de loi ne répond pas *expressément* à la question⁶³, le ministre de la Justice ayant publiquement exprimé son intention d'attendre la fin de la commission parlementaire avant d'adopter une orientation définitive sur la problématique⁶⁴.

⁶² François DE SINGLY, *Sociologie de la famille*, Paris, Nathan, 1993, p. 89. Sur l'importance accrue de l'autonomie conjugale, voir aussi les propos d'Alain BÉNABENT, « La liberté individuelle et le mariage », *Rev. trim. dr. civ.* 1973.440, 495 et des anthropologues américains Nena et Georges O'NEILL dans *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssèdre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, aux pages 81 et suiv. Voir aussi l'étude empirique réalisée par François DE SINGLY dans *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., 1987, p. 96 et suiv. et p. 131 et suiv. Il faut noter que cette valorisation de l'individu se constate depuis le début des années 1960 : Jocelyne VALOIS, « Famille traditionnelle et famille moderne, réalité de notre société », (1965-66) 7 *C. de D.* 149, 152.

⁶³ Cela dit, l'avant-projet de loi contient des dispositions qui permettent de croire à la possibilité, pour deux partenaires du même sexe, de partager l'autorité parentale à l'égard d'un enfant : voir, par exemple, l'article 21 introduisant au Code civil l'article 521.14 (référant à des *enfants communs*); voir aussi l'article 521.15.

⁶⁴ Julie LEMIEUX, « Demi-victoire pour les gais et lesbiennes », Québec, *Le Soleil*, 11 décembre 2001; Mario CLOUTIER, « Bégin est prêt à inclure l'adoption dans



À notre avis, il faut se garder de traiter de la filiation à la lumière de l'avant-projet de loi instituant l'union civile. Le partenariat civil camoufle les véritables enjeux auxquels doit faire face le législateur. Dans l'état actuel du droit québécois, la filiation ne dépend pas, fondamentalement, du statut juridique auquel peuvent prétendre les parents. En fait, le statut des parents n'a d'impact qu'au niveau de la *preuve* de la filiation. Selon l'article 525 C.c.Q., rappelons-le, l'enfant né durant le *mariage* est *présumé* avoir pour père le mari de sa mère⁶⁵. En revanche, la filiation de l'enfant né durant l'union de fait ne pourra être établie qu'à partir du titre, de la possession d'état ou d'une reconnaissance volontaire⁶⁶.

Sur le plan de l'adoption, les conjoints mariés et les conjoints de fait partagent des prérogatives similaires. Selon l'article 546 C.c.Q., « toute personne majeure peut, seule ou conjointement avec une autre personne, adopter un enfant ». Qu'un couple d'adoptants soit ou non marié n'a donc aucune pertinence⁶⁷. S'agissant d'une adoption « intra-familiale », l'article 555 C.c.Q. prévoit la possibilité d'un consentement spécial à l'adoption donné par le père ou la mère de l'enfant en faveur de son époux ou, selon le cas, de son « concubin »⁶⁸. Ici encore, le législateur ne discrimine nullement en fonction du statut juridique des parents.

Les dispositions relatives à la procréation médicalement assistée n'excluent pas davantage les conjoints de fait de leur champ

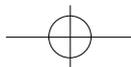
sa loi », Montréal, *Le Devoir*, 8 décembre 2001. Le jour de la remise finale de ce texte qui, comme nous l'avons précédemment souligné, coïncidait avec la fin de la commission parlementaire, nous apprenions l'intention du ministre de la Justice de revoir les règles du Code civil en matière de filiation dans le but d'éliminer toute forme de discrimination. Ainsi, le ministre déclarait-il : « [...] je proposerai que la notion de filiation soit revue dans le Code civil pour reconnaître la réalité et l'importance que nous accordons aux enfants et que soit éliminée toute forme de discrimination entre des enfants qu'ils soient nés au sein d'un mariage, d'une union civile ou d'une union de fait. [...] Il faut que cesse toute discrimination systémique vécue par plusieurs couples stables, aimants et compétents à élever un enfant » : [www.assnat.qc.ca/fra/publications/debats].

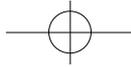
⁶⁵ Voir également l'article 539 en matière de procréation médicalement assistée. Cette présomption peut, bien entendu, être renversée : C.c.Q., art. 531 al. 2 et 539 al. 2.

⁶⁶ C.c.Q., art. 523 et 524 et 526-529.

⁶⁷ Voir notamment : *Droit de la famille – 543*, [1988] R.J.Q. 2601 (T.J.).

⁶⁸ Pour que le consentement spécial puisse être donné en faveur du concubin, l'article 555 C.c.Q. exige toutefois une cohabitation d'au moins trois ans.





d'application, bien qu'en matière matrimoniale, le mari de la mère soit présumé père de l'enfant qui en est issu, sans qu'il ne soit par la suite nécessaire d'accomplir d'autres formalités additionnelles⁶⁹. En revanche, la filiation paternelle ne pourra être établie à l'égard du « concubin » de la mère que s'il reconnaît l'enfant suite à la naissance⁷⁰. Toutefois, selon l'article 540 C.c.Q. le « concubin » qui, après avoir consenti à la procréation médicalement assistée, ne reconnaît pas l'enfant, « engage sa responsabilité envers cet enfant et la mère de ce dernier ». En imposant une telle responsabilité au « concubin », le législateur cherche manifestement à aplanir les distinctions découlant du régime de la preuve de la filiation.

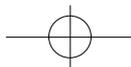
Cela dit, le Code civil n'envisage pas *expressément* le droit des conjoints de même sexe d'adopter un enfant et, s'agissant de conjointes lesbiennes, de profiter des conséquences juridiques de la procréation médicalement assistée. En dépit de la généralité des dispositions législatives encadrant l'adoption et la procréation médicalement assistée, l'économie générale du Code civil appuie-t-elle l'idée d'un lien de filiation entre un enfant et deux parents du même sexe? Nul ne saurait le certifier hors de tout doute⁷¹. À plus ou moins long terme, les tribunaux seront sans doute appelés à interpréter le mutisme du législateur québécois en faveur ou en défaveur des couples homosexuels⁷².

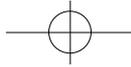
69 Le mari de la mère ne peut désavouer l'enfant ou contester la reconnaissance que s'il n'a pas consenti à la procréation médicalement assistée ou s'il prouve que l'enfant n'est pas issu de celle-ci : C.c.Q., art. 539.

70 La filiation pourrait également être établie à l'égard du concubin aux termes d'une possession d'état. Voir : C.c.Q., art. 523 et 524; voir également : B. MOORE, *loc. cit.*, note 36, 115, 124.

71 Ainsi, tant les dispositions relatives aux actes de l'état civil que celles concernant l'autorité parentale font référence au « père et à la mère », et non aux « parents » de manière neutre. Voir notamment : C.c.Q., art. 114-116 et 598 et suiv.

72 D'ailleurs, la Cour d'appel du Québec a déjà laissé entendre, en *obiter dictum*, que l'adoption d'un enfant par un couple de même sexe constituait une « avenue possible » : *Droit de la famille – 3444*, J.E. 2000-1970, commenté par B. MOORE, *loc. cit.*, note 36, 115, 118-125; voir également : *Droit de la famille – 1704*, [1993] R.J.Q. 1, 5 (C.A.); Alain ROY, *L'adoption en droit québécois : aspects civils et procédurals*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit*, « Famille », Doctrine – Document 4, Montréal, 2000, n° 22, p. 18. De manière plus décisive, des cours ontarienne et albertaine ont expressément autorisé l'adoption par une femme de l'enfant de sa conjointe : *K. (Re)*, 23 O.R. (3d) 679 (1995); *A. (Re)*, [1999] A.J. (Quicklaw) n° 1349 (Q.B.). Quant aux dispositions relatives à la procréation médicalement assistée, certains partagent l'avis selon lequel il n'existe apparemment aucune raison valable d'en limiter l'application aux seuls couples de sexe opposé : B. MOORE, *loc. cit.*, note 8.

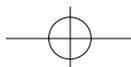




Évidemment, le législateur pourrait devancer la jurisprudence en éliminant, sans plus attendre, les doutes qui subsistent⁷³. Il lui suffirait alors de clarifier les dispositions législatives pertinentes, de manière à ce que l'ensemble des privilèges déjà reconnus aux couples non mariés ne puissent plus être déniés aux conjoints de même sexe. Une fois cette opération réalisée, il pourrait accessoirement étendre au partenariat la présomption de « parentalité » applicable en matière matrimoniale. Ainsi réaménagée, cette présomption permettrait l'établissement d'un lien de filiation entre la conjointe de la mère et l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée. Les questions que soulève la filiation homosexuelle nécessitent donc une approche législative globale. Le régime de partenariat civil auquel les partenaires pourraient éventuellement adhérer ne saurait en soi y apporter toutes les réponses⁷⁴.

⁷³ Notons que la Colombie-Britannique reconnaît le droit pour deux adultes d'adopter conjointement un enfant, sans imposer d'autres conditions : *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5, art. 5 et 29. Voir également les récentes modifications apportées à l'article 17(12) de la Loi sur l'adoption de la Saskatchewan (*The Adoption Act*, S.S. 1989-1990, c. A-5.1) permettant au tribunal de prononcer un jugement d'adoption en faveur de « *a) married adults jointly; b) an unmarried adult; or c) any other person or persons that the court may allow, having the regard to the best interest of the child* » (nous soulignons). Voir également l'article 23(1) relatif à l'adoption par une personne de l'enfant de son conjoint. Les parlementaires du Manitoba ont, quant à eux, débattu de la question de l'adoption homosexuelle en juin 2001. Voir : *Journal des débats*, 19 juin 2001, disponible sur le site de l'Assemblée législative du Manitoba à l'adresse Internet [www.gov.mb.ca/leg-asmb]. Rappelons également qu'en Nouvelle-Écosse, la Cour suprême de la province vient tout juste de déclarer contraire à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (précitée, note 4), la disposition refusant l'adoption au couple non marié, qu'il soit homosexuel ou hétérosexuel : *Re Nova Scotia (Birth Registration No. 1999-02-004200)*, précité, note 28.

⁷⁴ Dans le communiqué de presse émis sur l'avant-projet légalisant le mariage homosexuel, le gouvernement de la Belgique s'objecte à la filiation homosexuelle : « le mariage de deux personnes du même sexe [tel que proposé dans l'avant-projet] n'a pas d'effets en matière de filiation. [...] Lier de plein droit des effets en matière de filiation à un mariage entre deux personnes du même sexe ferait trop abstraction de la réalité. Il ne s'agirait alors plus de « présomptions » réfragables, mais de fictions. La distance entre la réalité et le droit deviendrait, de la sorte, trop importante ». Notons que l'avant-projet nie également aux couples de même sexe mariés le droit d'adopter : « La ligne de conduite consistant à ne pas lier des effets en matière de filiation à un mariage de deux personnes de même sexe se prolonge en matière d'adoption. L'ouverture du mariage n'entraîne pas la possibilité pour deux époux de même sexe d'adopter » : voir le communiqué de presse émis par le Cabinet du ministre de la Justice le



B. La portée du régime juridique

L'avant-projet de loi interdit formellement aux partenaires de se soustraire à l'ensemble des prérogatives de base que l'on connaît, en matière matrimoniale, sous le nom de « régime primaire »⁷⁵. Sur le plan patrimonial, les partenaires ne pourront donc déroger aux règles relatives au patrimoine familial, à la protection de la résidence familiale et aux principes gouvernant leur contribution respective aux charges du ménage.

S'il est légitime d'offrir aux partenaires une assiette de droits et d'obligations similaire à celle dont disposent les conjoints mariés – sous réserve des commentaires précédemment formulés au sujet du régime légal de la société d'acquêts –, rien ne justifie toutefois qu'on la leur impose à l'encontre de leur volonté. À notre avis, les partenaires devraient conserver la possibilité de se soustraire au régime juridique qui leur est proposé et d'aménager conventionnellement le cadre de leurs rapports pécuniaires, en fonction de leurs besoins particuliers.

Dans une société qui se caractérise de plus en plus par sa diversité, l'État devrait se garder d'imposer unilatéralement sa propre conception des relations conjugales⁷⁶. Au-delà des valeurs d'égalité, de liberté et de tolérance qui constituent le socle inaltérable de toute relation conjugale et qui, pour aucune considération, ne sauraient faire l'objet de négociations⁷⁷, le partenariat n'aura pas nécessairement la même signification pour tous et chacun⁷⁸. Certains y verront une relation aux multiples facettes où personnes

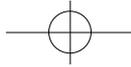
7 décembre 2001, disponible sur le site Internet du ministère de la Justice de la Belgique à l'adresse [www.cass.be/justice/fr].

75 Avant-projet de loi, art. 21, introduisant l'article 521.5, al. 5 au *Code civil du Québec*.

76 Une réflexion similaire peut être exprimée à l'égard du mariage : A. ROY, *loc. cit.*, note 57.

77 « [...] "values" (except for equality, individual liberty, and tolerance) are a matter of subjective taste or preference » : Mary-Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, p. 297 (1989).

78 Voir d'ailleurs les données empiriques présentées par la professeure Davies relativement aux différentes conceptions que peuvent entretenir les conjoints de fait quant à la finalité de leur relation : Christine DAVIES, « Loi sur les biens matrimoniaux : restrictive à juste titre ou démesurément étroite? Un examen de l'application limitée de la loi avec un coup d'œil de biais à la décision *M. c. H.* », (1999-2000) 30 *R.G.D.* 689.



et intérêts économiques seront inexorablement liés. Pour d'autres, le partenariat ne formalisera qu'une union de personnes, sans plus.

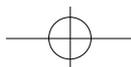
Alors que les partenaires qui s'unissent en bas âge, sans moyen financier, pourront avoir tendance à se concevoir comme de véritables associés engagés dans une entreprise commune et pluridimensionnelle, les partenaires qui s'uniront pour une deuxième ou une troisième fois, à un âge avancé, se considéreront vraisemblablement comme de simples compagnons de vie dont la relation sera limitée, pour l'essentiel, aux échanges interpersonnels. Dans cette perspective, le cadre uniforme qui résulte du régime primaire pourrait s'avérer inconvenant. Bref, si l'État peut valablement exprimer la conception qu'il entretient du partenariat civil à travers l'assiette des droits et obligations qu'il entend mettre à la disposition des partenaires, il ne peut légitimement faire fi des aspirations de ceux et celles qui, pour toutes sortes de motifs, perçoivent leur relation autrement et, incidemment, aspirent à une plus grande liberté contractuelle.

Évidemment, la liberté contractuelle paraît souvent menaçante. Le seul rapport de force entre les parties au contrat ne permet pas, dans tous les cas, de garantir justice et équité, d'où la crainte légitime d'injustices. Mais l'avant-projet de loi comporte en lui-même des balises susceptibles d'endiguer de tels abus. À l'instar du contrat de mariage, le contrat de partenariat civil au sein duquel les partenaires devront regrouper l'ensemble de leurs stipulations devra impérativement être reçu sous la forme notariée⁷⁹. En sa qualité d'officier public, le notaire aura le devoir légal de s'assurer de la validité des consentements exprimés et de conseiller en toute impartialité chacune des parties à l'acte⁸⁰. Le professeur Paul-Yvan Marquis définit le devoir de conseil du notaire comme étant :

L'obligation à la fois morale et légale qui incombe au notaire d'éclairer les parties, suivant leurs besoins respectifs et les circonstances particulières de chaque cas, sur la nature et les conséquences juridiques, parfois même économiques, de leurs actes et de leurs conventions ainsi que sur les formalités requises pour assurer à ceux-ci leur validité et leur efficacité.

⁷⁹ Avant-projet de loi, art. 21, introduisant l'article 521.6, al. 3 au *Code civil du Québec*.

⁸⁰ *Loi sur le notariat*, L.Q., c. 44, art. 10 et 11; *Code de déontologie des notaires*, R.R.Q., 1981, c. N-2, r. 3, art. 3.01.05, 3.02.04, 3.02.05 et 3.03.02.



[...] *Le notaire servira de guide impartial et désintéressé dans les décisions à prendre, les options à choisir, les clauses à inscrire. Il deviendra par conséquent – c'est un rôle qu'on lui reconnaît depuis longtemps – le régulateur des engagements des parties. De ses conseils les clients sont justifiés d'attendre la sécurité, l'utilité et l'efficacité de leurs actes et contrats [...]*⁸¹

L'intérêt que représente l'intervention notariale dans le domaine des relations conjugales n'est plus à démontrer. Tant en droit québécois qu'en droit français, les garanties que procure la présence d'un officier public impartial semblent faire l'unanimité. Ainsi, le professeur Louis Baudouin écrivait :

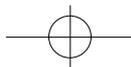
Le Code civil de Québec, comme le Code français estime que si les époux ont toute la liberté pour choisir le régime matrimonial régissant leur vie commune future, l'opération est trop grave pour permettre la conclusion du contrat de mariage en la forme sous-seing privé [sic]. Le contrat de mariage est donc soumis dans les deux pays, à la forme notariée.

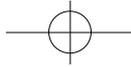
*C'est un principe de sagesse commandé par l'intérêt des futurs époux eux-mêmes. Il est certain que l'obligation de se plier aux exigences d'un acte notarié leur indique l'importance de l'acte qu'ils passent. Le notaire, tant dans la province de Québec qu'en France, étant spécialisé dans ce genre de problèmes, peut éclairer de ses conseils les futurs époux et leur éviter de graves problèmes sur le sens à donner à des clauses qui, même pour des spécialistes, peuvent parfois prêter à confusion. La présence du notaire, la forme authentique, sont donc des éléments de sécurité dont les intéressés eux-mêmes ne peuvent que tirer profit.*⁸²

En somme, il importe selon nous d'élargir l'espace de liberté contractuelle des partenaires de manière à leur permettre d'ajuster le cadre juridique de leur relation en fonction de leurs attentes particulières, dans le respect des valeurs de justice et d'équité que

⁸¹ Paul-Yvan MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, n^{os} 202 et 203, p. 122 et 123.

⁸² Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec – Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 983. Dans le même sens, le professeur Jean Hauser observe : « Dans les actes les plus courants, la solennité est imposée pour protéger les contractants, les informer, les conseiller par le contact obligatoire d'un praticien du droit. Telle est présentée l'exigence en matière de contrat de mariage : [citant Flour et Champenois] "la nécessité d'éclairer les intéressés sur un acte d'une gravité particulière et qui engage leur avenir; le souci d'en assurer la conservation, tant dans leur intérêt que dans l'intérêt des tiers" » : J. HAUSER, *loc. cit.*, note 48, 674.





l'intervention d'un notaire est à même d'assurer⁸³. En ce sens, les dispositions du « régime primaire » du partenariat civil devraient être dépouillées de leur caractère impératif, pour ne devenir que supplétives de volonté. Ainsi, le législateur offrirait à l'ensemble des partenaires un cadre juridique à l'image des valeurs qu'il préconise, tout en reconnaissant à ceux qui, pour une raison ou pour une autre, souhaitent y déroger, le droit d'organiser autrement leur projet de vie commune.

III. La dissolution de l'union civile

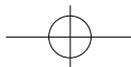
À première vue, le mode de dissolution du partenariat civil présente peu d'intérêt. Les dispositions destinées à encadrer le processus de rupture peuvent sembler techniques et procédurales. Pourtant, la façon dont un législateur organise la rupture d'une relation reflète bien souvent les finalités qu'il lui attribue.

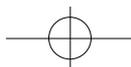
L'avant-projet de loi prévoit trois causes de dissolution du partenariat civil. Le décès d'un partenaire, la déclaration commune notariée et le jugement du tribunal⁸⁴. En raison du partage des compétences enchâssé dans la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁵, le mariage de l'un des partenaires devrait, à notre avis, être ajouté au nombre des causes de dissolution. En effet, le législateur québécois se doit de reconnaître le droit de toute personne de contracter mariage, aux conditions prescrites par le législateur fédéral. Si un partenaire souhaite se marier, le législateur provincial ne saurait donc valablement l'en empêcher puisqu'en agissant de la sorte, il

⁸³ Au sujet de la loi belge qui soumet le contrat de cohabitation légale à la forme notariée, Me Philippe De Page, avocat et maître de conférences à l'Université Libre de Bruxelles, observe : « L'intervention notariale a [...] été envisagée, dans les travaux préparatoires, comme un gage de plus grande sécurité juridique pour les cohabitants qui peuvent compter sur le devoir de conseil du notaire » : P. DE PAGE, *loc. cit.*, note 41, 217. À propos du PACS où le contrat n'est soumis à aucun contrôle particulier, Claude Martin et Irène Théry déplorent, quant à eux : « Another problematic issue is that the Pacs conventions are private, which means that they are not verified by any authority, not even a lawyer. Many conventions will turn out to be illegal » : Claude MARTIN et IRÈNE THÉRY, « The Pacs and Marriage and Cohabitation in France », *International Journal of Law and the Family* 2001.135.152.

⁸⁴ Avant-projet de loi, art. 21, introduisant l'article 521.10 au *Code civil du Québec*.

⁸⁵ Précitée, note 7.





ajouterait indirectement une nouvelle condition de fond au mariage⁸⁶, outrepassant ainsi ses prérogatives constitutionnelles.

Cela dit, la dissolution de l'union civile nous inspire deux réflexions de fond. La première concerne spécifiquement la dissolution consensuelle (A), alors que la deuxième se rapporte au mode de résolution des différends susceptibles d'opposer les partenaires au jour de leur rupture (B).

A. La dissolution consensuelle

L'avant-projet de loi permet aux partenaires dont la volonté de vie commune est irrémédiablement atteinte de consentir, dans une déclaration commune notariée, à la dissolution de leur union, à la condition qu'ils en règlent toutes les conséquences accessoires par acte notarié⁸⁷ et pour autant que l'intérêt de « leurs enfants communs »⁸⁸ ne soit pas en cause⁸⁹.

D'emblée, nous reconnaissons l'opportunité d'admettre la dissolution du partenariat sur consentement mutuel des partenaires. Dans le contexte socio-juridique actuel, il semble parfaitement légitime de reconnaître à la volonté individuelle le pouvoir de délier ce qu'elle a uni⁹⁰.

Nous reconnaissons également la pertinence de confier au notaire la responsabilité de recevoir, par acte notarié, tant la déclaration d'intention commune des parties que leur accord sur les conséquences accessoires. Compte tenu des devoirs inhérents à son statut d'officier public, le notaire pourra procéder efficacement aux vérifications nécessaires et apporter aux partenaires l'éclairage nécessaire quant à leurs droits et obligations respectifs. Ici encore, l'intervention notariale permettra donc de prévenir efficacement les

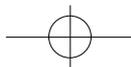
⁸⁶ *Id.*, art. 91(26).

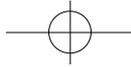
⁸⁷ Par « conséquences accessoires », on réfère à l'ensemble des effets de la rupture (hormis la dissolution du partenariat en soi), tels le partage des biens, la pension alimentaire, la prestation compensatoire, etc. (le cas échéant).

⁸⁸ Tel que susmentionné, la référence aux « enfants communs » contredit les déclarations du ministre de la Justice qui laisse publiquement entendre que les questions de filiation homosexuelle sont, dans l'avant-projet de loi, laissées en suspens. Voir, à cet égard, la note 60.

⁸⁹ Avant-projet de loi, art. 21, introduisant les articles 521.11 et 521.14 au *Code civil du Québec*.

⁹⁰ Pour une réflexion similaire en matière de divorce, voir : A. ROY, *loc. cit.*, note 37.





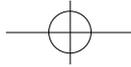
abus et les injustices. Incidemment, la convention des partenaires sera, en principe, purgée des vices susceptibles d'en affecter la validité et acquerra, par conséquent, une stabilité minimale⁹¹.

Ainsi, nous souscrivons entièrement à l'approche déjudiciarisée préconisée dans l'avant-projet de loi qui se distingue nettement du schème applicable en matière matrimoniale où, rappelons-le, les époux consentants doivent non seulement obtenir du tribunal le prononcé du jugement de divorce, mais ont en outre l'obligation de soumettre leurs conventions de rupture à l'homologation judiciaire, le cas échéant⁹². Ayant déjà émis l'opinion qu'une telle procédure d'homologation équivalait, à toutes fins utiles, à assujettir les époux à une véritable tutelle et, partant, à les dépouiller de leur capacité⁹³, nous nous réjouissons évidemment des dispositions contenues dans l'avant-projet de loi.

⁹¹ Par analogie, voir : Michael J. TREBILCOCK et Rosemin KESHVANI, « The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective », (1991) 41 *U.T.L.J.* 533, 560.

⁹² Voir : C.p.c., art. 822; voir également : *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e supp.), art. 15.2(4)c) (en ce qui concerne l'obligation alimentaire entre ex-conjoints); *Loi sur le divorce*, art. 11(1)b) et 15(5)a) et C.c.Q., art. 587.3 (en ce qui concerne l'obligation alimentaire à l'égard des enfants); voir également : *Droit de la famille* – 3536, [2000] R.D.F. 340 (C.S.). Pour un exposé complet sur la portée exacte des différentes dispositions contenues à la convention des époux et sur le pouvoir qu'est à même d'exercer le tribunal sur chacune d'elles, voir particulièrement : Jean-Pierre SENÉCAL, « La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture », (1992) 2 *C.P. du N.* 131; Ginette PICHÉ, « Le juge et le notaire peuvent-ils s'entendre avec le nouveau Code civil », dans Pierre CIOTOLA (textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000 : défis et perspectives*, Les Journées Maximilien Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 162, aux pages 164 et 165.

⁹³ Bien avant l'introduction des dispositions sur le PACS, la sociologue française Irène Théry comparait d'ailleurs la perspective avec laquelle le droit aborde les concubins et les époux de la façon suivante : « on ne voit pas pourquoi les mariés seraient crédités d'une moindre maturité ou d'une moindre aptitude à régler leurs difficultés que les concubins, qui eux se séparent librement et ne sont amenés à saisir le juge qu'en cas de litige. [...] Cette disparité de traitement judiciaire commence à être vécue comme une pénalisation pour les couples mariés. Une chose est d'avoir le droit à la protection judiciaire en cas de séparation, que seul confère l'engagement dans l'institution matrimoniale, une autre de se sentir tutélarisé inutilement quand on ne ressent pas le besoin de cette protection » : Irène THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministère de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 123 et 130.



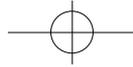
Cela dit, on peut s'interroger sur l'opportunité de lier inexorablement le consentement mutuel à la dissolution de l'union civile avec celui portant sur les conséquences accessoires en résultant. À notre avis, la dissolution du partenariat et le règlement des conséquences qui en découlent devraient être envisagés distinctement.

Certes, il est hautement souhaitable que l'entente des partenaires soit globale. Tant mieux si les parties se concertent non seulement sur le principe de la rupture, mais également sur l'ensemble de ses conséquences financières et relationnelles. Néanmoins, l'incapacité des partenaires de parvenir à un règlement complet ou même partiel de telles conséquences ne devrait pas faire obstacle à leur droit d'obtenir la dissolution du statut juridique que leur procure le partenariat civil, si telle est leur volonté commune⁹⁴. Pourquoi empêcher deux partenaires de mettre consensuellement fin à leur union et, par le fait même, de retrouver leur célibat, en raison d'une mésentente quelconque sur la pension alimentaire, le partage de leurs biens ou tout autre élément résultant de leur rupture? Que ces différentes questions soient soumises à l'adjudication, une fois la dissolution du partenariat acquise par suite d'un consentement mutuel, nous paraît tout à fait acceptable.

Un parallèle peut être fait avec la société en nom collectif. La dissolution d'une société peut résulter de différentes causes, notamment le consentement de l'ensemble des associés⁹⁵. La dissolution met fin à l'existence juridique de la société et, incidemment, entraîne la perte de la qualité d'associé. Or, ce n'est qu'une fois la cause de dissolution acquise que l'on devra procéder à la liquidation de l'actif de la société et au paiement des dettes. Ainsi, dans la mesure où

⁹⁴ Il semble que les Pays-Bas abordent la question du divorce par consentement mutuel de cette façon. Voir l'article 155 du premier livre du Code civil hollandais. Le droit suédois serait au même effet (C. mariage, c. 5, sections 4 et 5), de même que les droits russe, ukrainien et norvégien. Voir, par analogie : Daniel DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Genève, Librairie Droz, 1980, p. 253; Bernard DUTOIT, Raphaël ARN, Beatrice SFONDYLIA et Camilla TAMINELLI, *Le divorce en droit comparé - Volume 1 : Europe*, Genève, Librairie Droz, 2000, p. 13, 17, 18, 24, 136 et 377. Sur la problématique, voir également les observations de : Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 96 et 108; Monique Roland WEYL, *Divorce : Libéralisme ou liberté?*, Paris, Éditions Sociales, 1975, p. 111-114.

⁹⁵ C.c.Q., art. 2230.



tous les associés consentent effectivement à la dissolution de la société, la société prendra juridiquement fin, même si des différends subsistent entre les associés quant à la liquidation de l'actif et au paiement des dettes. La dissolution à proprement parler et les conséquences en résultant sont donc envisagées en deux étapes distinctes⁹⁶. Un tel modèle conviendrait tout aussi bien au partenariat civil.

B. Le mode de résolution des différends

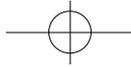
La deuxième réflexion que nous inspire la dissolution de l'union civile concerne le mode de résolution des différends qui pourraient opposer les partenaires au jour de la rupture. Dans la mesure où les partenaires ne parviennent pas à s'entendre sur les conséquences accessoires résultant de la dissolution de leur union, l'intervention d'un tiers adjudicateur s'avérera nécessaire. En matière de divorce, ce tiers ne peut être que le juge⁹⁷. Tel est également l'approche préconisée en matière d'union civile.

En effet, l'avant-projet de loi prévoit que, à défaut de déclaration commune reçue devant notaire – laquelle devra inévitablement être précédée d'un accord sur les conséquences accessoires –, il reviendra au tribunal de trancher les différends qui opposeront les partenaires⁹⁸. Ces derniers ne pourront donc, d'un commun accord, soumettre leurs mésententes à l'arbitrage conventionnel.

⁹⁶ En ce sens, la professeure Nicole Lacasse écrit : « Si la dissolution de la société mène inévitablement à sa liquidation [...], les deux notions doivent tout de même être distinguées. La dissolution met légalement fin à la société et la liquidation est le processus par lequel les biens de la société sont distribués » : Nicole LACASSE, *Droit de l'entreprise*, Montréal, Narval, 1998, p. 69.

⁹⁷ Selon l'article 2639 C.c.Q., les différends portant sur les matières familiales ne peuvent être soumis à l'arbitrage. Certains semblent néanmoins interpréter cette disposition de façon très restrictive, refusant d'y voir une barrière absolue contre l'arbitrage en matière de divorce. Ainsi, le professeur Brierley écrit : « L'arbitrage devrait être possible dans la mesure où ces mêmes questions [lire aliments, liquidation d'un régime matrimonial, liquidation du patrimoine familial, fixation d'une prestation compensatoire] sont susceptibles de conventions valables. L'interdiction qui est faite à l'un ou l'autre des époux de renoncer à l'avance aux droits afférents à ces divers moyens de protection ne nous semble pas exclure la possibilité d'un arbitrage dans les cas où les droits en question se réalisent » : John E.C. BRIERLEY, « De la convention d'arbitrage », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 1067, à la page 1075.

⁹⁸ Avant-projet de loi, art. 21, introduisant l'article 521.14 au *Code civil du Québec*.



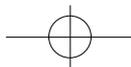
Un tel empêchement nous paraît injustifié. À notre avis, les partenaires devraient pouvoir référer à l'arbitrage les différends qui les opposent. Ainsi, le tribunal n'interviendrait, comme en toute autre matière, qu'à titre supplétif⁹⁹. L'encadrement strict dont fait l'objet l'arbitrage assure aux parties qui s'y soumettent justice et sécurité. Plusieurs y voient de nombreux avantages en termes d'efficacité, de convivialité et de souplesse. Ainsi, le professeur Pierre Noreau écrit :

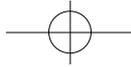
*L'arbitrage commercial apparaît aujourd'hui promis à un bel avenir, notamment parce qu'il redonne aux parties l'initiative des pratiques de gestion de leurs différends, et le contrôle de la procédure et des délais en fonction desquels ces différends sont appelés à être réglés.*¹⁰⁰

Pourquoi priver les partenaires de tels avantages? Le caractère intime de leurs rapports ne saurait en soi y faire obstacle¹⁰¹. D'ailleurs, rien dans la loi québécoise ne semble actuellement interdire aux concubins le recours à l'arbitrage¹⁰². Il serait pour le moins ironique de retirer aux partenaires un droit auquel ils pouvaient prétendre en qualité de concubins. En toute légitimité, leur adhésion à l'ordre juridique formel ne devrait pas affecter leur



-
- ⁹⁹ Pour une réflexion similaire en matière de divorce, voir : A. ROY, « *loc. cit.* », note 34.
- ¹⁰⁰ Pierre NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 149.
- ¹⁰¹ Pour une opinion favorable à l'arbitrage conventionnel en matière de divorce, voir : Julien D. PAYNE, *Payne on Divorce*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1996, p. 81. Voir également les avantages et les désavantages qu'attribue l'auteur à ce processus de résolution des différends à la page 79. Par ailleurs, il est intéressant de souligner que les lois de la province de la Nouvelle-Écosse prévoient expressément la possibilité pour des époux de stipuler, dans leur contrat de mariage ou dans une convention de séparation, une clause d'arbitrage. Voir : *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 30.
- ¹⁰² Rappelons que l'article 2639 du Code civil interdit de soumettre à l'arbitrage les matières familiales. À notre avis, dans l'état actuel du droit, les rapports entre concubins ne peuvent être qualifiés de « matières familiales » au sens de cet article. Seule la famille basée sur le mariage fait présentement l'objet d'une reconnaissance par le législateur. Ce dernier s'est jusqu'à maintenant abstenu d'organiser l'union de fait et de lui reconnaître des effets similaires au mariage. Pourquoi en serait-il autrement en matière d'arbitrage? Refuser d'assimiler les concubins aux conjoints mariés tout en reconnaissant des effets à leur relation au plan des dispositions législatives portant sur l'arbitrage nous apparaîtrait incohérent. En ce sens, voir : Roderick A. MACDONALD, « Images du notariat et imagination du notaire », (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 62.





capacité de déterminer d'un commun accord le mode de gestion et de résolution de leurs différends.

*

* *

L'avant-projet de loi instituant l'union civile témoigne d'une intention ministérielle fort louable, mais mérite, à notre avis, certains ajustements majeurs. Les conditions d'accessibilité du partenariat devraient d'abord être revues, de manière à ce que l'ensemble des conjoints de fait puissent y adhérer, quelle que soit leur orientation sexuelle. Ainsi, le partenariat civil pourrait devenir la réponse du législateur québécois aux tribunaux du pays qui, de plus en plus, abordent avec méfiance et suspicion les lois qui excluent de leur champ d'application les couples non mariés, tout sexe confondu¹⁰³. Il est en outre fort probable qu'une structure législative aménagée au bénéfice des seuls couples de même sexe desservent leur cause, en les marginalisant à l'intérieur d'un « ghetto » juridique.

Le législateur devrait également porter une attention toute particulière au régime juridique de l'union civile. Il faut, selon nous, éviter d'appliquer systématiquement aux partenaires des règles matrimoniales qui, à certains égards, ne reflètent plus les valeurs conjugales dominantes. Dans cette perspective, il nous paraît inopportun d'instaurer la société d'acquêts à titre de régime « partenarial » légal et d'assujettir les partenaires à un régime primaire impératif qui réduit à peu de chose leur liberté contractuelle.

L'avant-projet de loi reflète par ailleurs la volonté des autorités ministérielles de déjudiciariser le processus de la rupture consensuelle en s'en remettant, pour l'essentiel, aux garanties de sécurité et de stabilité que procure l'intervention obligatoire du notaire. S'il faut se réjouir d'une telle initiative, on peut toutefois déplorer l'obligation imposée aux partenaires de parvenir à une entente à la fois sur le principe de la dissolution et sur l'ensemble des conséquences accessoires en résultant, sous peine d'être redirigés devant le tribunal, sans qu'il ne leur soit autrement possible de référer leurs différends à l'arbitrage.

¹⁰³ Voir, *supra*, note 23. En instaurant un régime de partenariat civil accessible à tous les conjoints de fait, sans égard à leur orientation sexuelle (« *Domestic Partnership* »), le législateur néo-écossais réagissait d'ailleurs à ces mêmes pressions jurisprudentielles. Voir : A. ROY, *loc. cit.*, note 13.