

L'union de fait comme mariage romain : l'Angleterre avant 1857 et la situation actuelle en Angleterre, en France et au Québec*

Benoît LAPLANTE **

Common-law union as roman marriage : England until 1857 and the current situation in England, in France and in Quebec

La unión de hecho como matrimonio romano : Inglaterra antes de 1857 y la situación actual en Inglaterra, Francia y Quebec

A união estável como casamento romano : A Inglaterra antes de 1857 e a situação atual na Inglaterra, na França e no Québec

罗马法婚姻的事实同居：
1857年以前的英国和当今英国、法国以及魁北克现状

Résumé

La cause «*Lola c. Éric*» a stimulé le débat sur l'union de fait telle qu'elle existe au Québec. L'arrêt que la Cour suprême a rendu dans cette cause en janvier 2013 a conduit le ministre de la Justice à mettre sur pied un comité d'experts

Abstract

The «*Lola v. Éric*» case fostered a debate on common-law union as it exists in Quebec. The January 2013 decree of the Supreme Court in this case has led the Minister of Justice to set up a committee of experts whose mandate is to

* Cet article est le second d'une série de deux articles, articulés autour de la notion d'union de fait comme mariage romain. Le premier article, intitulé «L'union de fait comme mariage romain : Rome, l'Église et la France d'Ancien Régime», est paru dans le numéro (2014) 48 *RJTUM* 89.

** Membre du Centre Urbanisation Culture Société et de l'Institut national de la recherche scientifique.

chargé de lui indiquer les éléments du droit de la famille québécois qu'il pourrait être opportun de réviser.

Le propos de cet article n'est pas de reprendre le litige débattu devant les tribunaux, mais plutôt de contribuer à la réflexion sur l'union de fait qui devrait bientôt se faire en examinant celle-ci d'un point de vue négligé jusqu'à maintenant. Tout étudiant en droit apprend que le mariage, tel qu'il existe dans notre droit, plonge ses racines dans le droit romain, dans le droit canonique et dans le français d'Ancien Régime. On ajoutera que la compétence du parlement fédéral sur le mariage et surtout sur le divorce y mêle des éléments de droit anglais. Nous proposons d'examiner l'union de fait, telle qu'elle existe aujourd'hui dans le droit québécois, à la lumière des racines historiques du mariage et du divorce dans le droit romain, le droit canonique, le droit français et le droit anglais.

L'examen permet de comprendre comment et pourquoi l'union de fait «à la québécoise» ressemble plus au mariage du droit romain classique que celui-ci ne ressemble à notre mariage. Cette ressemblance n'est probablement pas sans rapport avec la popularité de l'union de fait au Québec et maintenant en Amérique latine, et avec celle du PACS en France.

Le présent article porte sur le mariage et le divorce en Angleterre, sur la situation actuelle en France, au Royaume-Uni et au Québec.

Resumen

El caso "Lola c. Éric" fomentó el debate sobre la unión de hecho tal como existe en Quebec. La decisión de la Corte suprema en enero de 2013 condujo al Ministro de Justicia a establecer un

indicate what matters, if any, of Quebec family law should be revised.

The purpose of this article is not to go over the case, but to make a contribution to the ongoing discussion on common-law union by examining it from a perspective that has been neglected until now. Any student of law learns that marriage as it exists in current law is rooted in Roman law, in Canon law and Ancient French law. The power of the federal Parliament on marriage and, even more, on divorce adds elements from English law. We propose examining common-law union, as it exists today in Quebec law, in the light of the historical roots of marriage and divorce in Roman law, Canon law, French law and English law. This examination helps understanding how and why common-law "Quebec style" is closer to Roman marriage as it existed in classic Roman law than Roman marriage is to marriage as we know it. This similitude is probably related to the popularity of common-law union in Quebec and now in Latin America, and to that of PACS in France.

The present paper focuses on marriage and divorce in England, on the current situation in France, England and Quebec.

Resumo

O processo «Lola c. Éric» estimulou o debate sobre a união de fato tal como existe no Quebec. O acórdão da Corte Suprema de janeiro 2013 levou o Ministério da Justiça a criar um comitê de

comité de expertos encargado de indicarle los elementos del derecho de familia quebequense que sería oportuno revisar.

El propósito de este artículo no es retomar el litigio debatido ante los tribunales, sino principalmente contribuir a la reflexión sobre la unión de hecho que debería realizarse examinándola desde un punto de vista hasta ahora ignorado. Todo estudiante de derecho aprende que el matrimonio, tal como existe en nuestro derecho, tiene sus raíces en el derecho romano, el derecho canónico y el derecho francés del antiguo régimen. Añadiremos que la competencia del parlamento federal sobre el matrimonio y especialmente el divorcio incorpora elementos del derecho Inglés. Nosotros proponemos examinar la unión de hecho, tal como existe hoy en día en el derecho de Quebec, a la luz de las raíces históricas del matrimonio y el divorcio provenientes del derecho romano, derecho canónico, derecho francés y derecho inglés.

El examen permite comprender cómo y por qué la unión de hecho “al estilo quebequense” se parece mas al matrimonio de derecho romano clásico que a nuestro matrimonio. Esta semejanza probablemente no es ajena a la popularidad de la unión de hecho en Quebec y ahora en América Latina, y a aquella de PACS en Francia.

El presente artículo se enfoca en el matrimonio y el divorcio en Inglaterra, la situación actual en Francia, Reino Unido y Quebec.

especialistas encarregado de indicar os elementos do Direito de Família do Quebec que seria oportuno revisar.

O objetivo deste artigo não é retomar o litígio travado nos tribunais, mas sim contribuir para a reflexão a fazer-se em breve sobre a união de fato, examinando-a de um ponto de vista até agora negligenciado. Todo estudante de direito aprende que o casamento, tal como existe em nosso direito, deita raízes no direito romano, no direito canônico e no direito francês do *Ancien Régime*. Diremos ainda que a competência do parlamento federal sobre o casamento e sobretudo sobre o divórcio adiciona elementos do direito inglês. Propomo-nos examinar a união de fato, tal qual ela existe hoje no direito quebequense, à luz das raízes históricas do casamento e do divórcio no direito romano, no direito canônico, no direito francês e no direito inglês.

O exame permite compreender como e por que a união de fato «à la québécoise» parece mais um casamento do direito romano clássico do que este se parece ao nosso casamento. Esta semelhança tem provavelmente relação com a popularidade da união de fato no Quebec e agora na América Latina, e com aquela do PACS na França.

O presente artigo trata do casamento e do divórcio na Inglaterra, sobre a situação atual na França, no Reino Unido e no Québec.

中文摘要

Lola诉Éric一案 (*Lola v. Éric*) 又激起魁北克事实配偶 (conjoint de fait) 制度的讨论。2013年1月最高法院的判决让司法部长设立专家委员会, 以讨论魁北克家庭法中哪些内容需要适当修改。

本文的目的不是回顾这一案例, 而是抛砖引玉, 从一个一直被忽视的角度考察事实配偶制度。任何法律系的学生都知道我省现存的婚姻制度源自罗马

法、教会法和大革命前的法国法。我们还知道联邦议会对婚姻制度特别是离婚制度的管辖权结合了英国法的内容。我们希望通过追溯罗马法、教会法、法国法以及英国法中结婚与离婚制度的历史根源，考察魁北克法中现存的事实配偶制度。

这一考察有利于我们理解：相比罗马法婚姻与我们所熟知婚姻的接近程度，“魁北克式”的事实配偶制度为什么以及怎样更接近古典罗马法中的婚姻制度。这种相似性在很大程度上还与魁北克和当前拉丁美洲事实配偶、以及法国 PACS（紧密关系民事协议）的普遍流行有关。

本文重点关注英国的结婚和离婚制度，以及法国、英国和魁北克婚姻制度的现状。

Plan de l'article

I.	L'Angleterre	297
A.	Le droit privé anglais.....	297
B.	Le droit matrimonial anglais	298
II.	La situation actuelle en France et en Angleterre	307
A.	Le droit français actuel.....	307
B.	Le droit anglais actuel	309
III.	Le Québec	311
A.	Les trois traditions juridiques et l'union de fait au Québec.....	311
B.	Le divorce et le devoir de secours	313
C.	Le partage du patrimoine familial.....	316
D.	L'union de fait	320
E.	L'union de fait « à la québécoise » et le pacs	322
	Conclusion.....	326

I. L'Angleterre

A. Le droit privé anglais

Le territoire de ce qui deviendra l'Angleterre est annexé à l'Empire Romain en 43 apr. J.-C¹. Sa population était alors d'origine celte. La domination romaine disparaît au début du v^e s.; la société était devenue un amalgame celte et romain, comparable à la société gallo-romaine de la même époque. Le territoire est alors progressivement occupé par des peuples barbares d'origine germanique, notamment les Angles et les Saxons². L'Église s'était installée à l'époque romaine, dès le iv^e s.³; les barbares se convertissent à partir de la toute fin du vi^e s.⁴. On connaît mal ce qu'a été le droit dans la Bretagne romaine, mais les lois des royaumes saxons de l'Antiquité tardive ont été écrites, comme celles des peuples barbares qui se sont installés en Gaule, et sont connues des historiens⁵. Le territoire est conquis en 1066 par Guillaume II duc de Normandie – Guillaume le Conquérant – au terme d'une guerre de succession; l'Angleterre et le duché de Normandie ont le même souverain jusqu'à ce que Philippe Auguste, roi de France, s'empare de la Normandie en 1204⁶. Le nouveau roi impose la constitution de tribunaux séculiers et de tribunaux ecclésiastiques; auparavant, les mêmes tribunaux traitaient l'ensemble des causes⁷.

La dynastie fondée par Guillaume est remplacée par la dynastie des Plantagenêt en 1135. Henri II Plantagenêt entreprend une réforme

¹ Theodore Frank Thomas PLUCKNETT, *A concise history of the common law*, 5th ed., Boston, Little, Brown and Co, 1956, reproduite par The Liberty Fund, Indianapolis, 2010, p. 6.

² *Id.*, p. 9.

³ Martin DAVIE, *A guide to the Church of England*, Londres, Mowbray, 2008, p. 1; Jean CHÉLINI, *Histoire religieuse de l'Occident médiéval*, Paris, Fayard/Pluriel, 2010, p. 53.

⁴ M. DAVIE, préc., note 3; J. CHÉLINI, préc., note 3, p. 107-112.

⁵ Cf. John M. STEARNS, *The Germs and developments of the laws of England*, New York, Banks and Brothers, 1889, reproduite par The Lawbook Exchange, Clark NJ, 2007.

⁶ Jacques VANDERLINDEN, *Histoire de la common law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 6.

⁷ Michael McMahon SHEEHAN, « Canon law and English institutions. Some notes on current research », dans James K. FARGE (dir.), *Marriage, family, and law on medieval Europe. Collected Studies*, Toronto, University of Toronto Press, 1996, p. 31, à la page 37.

judiciaire dont on situe traditionnellement le début en 1166. Cette réforme a pour but de raffermir la justice royale, surtout la justice pénale⁸. Un de ses éléments les plus importants est que les juges du roi sont itinérants, entendent des causes dans différentes parties du royaume et que leurs décisions sont compilées pour former une jurisprudence qui vaut pour tout le royaume, même si à l'époque on trouvait encore plusieurs coutumes locales sur le territoire de l'Angleterre. Les ordonnances du roi, et plus tard les lois du Parlement, valent également pour toute l'Angleterre. Le droit anglais s'est ainsi unifié progressivement par la centralisation de l'exercice du pouvoir judiciaire, sans jamais être rédigé ni codifié, pour former un droit commun coutumier, la *common law*⁹. Les coutumes locales se sont maintenues en France jusqu'à la Révolution, malgré leur rédaction, notamment parce que la réforme entreprise par le roi a suscité une résistance qui lui a imposé de garder les coutumes; on ne trouve rien de semblable en Angleterre, peut-être parce que les coutumes étaient déjà semblables lorsque Henri II a entrepris sa réforme de la justice¹⁰. Si elle s'est déroulée sans heurt, l'unification du droit a néanmoins été progressive: on a admis au moins jusqu'à la fin du XVII^e s. l'existence de pratiques coutumières locales, notamment en matière de succession¹¹. L'originalité de l'unification du droit anglais se reflète dans la pensée et dans la langue: le français et la plupart des langues européennes distinguent la «loi» du «droit», et «les lois» de «la loi»; l'anglais ne distingue pas la «loi» du «droit» – il ne possède que le mot *law* – mais il distingue «la loi» ou «le droit» – *law* – et «les lois» – *acts* ou *statutes*¹².

B. Le droit matrimonial anglais

Le droit romain a relativement peu influencé le droit matrimonial anglais: le régime dotal n'a jamais existé en Angleterre, la légitime a disparu rapidement si elle a jamais existé; la liberté entière de tester y est

⁸ John HUDSON, *The Formation of the English common law*, Londres, Longman, 1996, p. 126 et suiv.

⁹ Raoul Charles VAN CAENEGEM, *The Birth of the English common law*, 2th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 1 à 61.

¹⁰ J. HUDSON, préc., note 8, p. 126.

¹¹ Richard. H. HELMHOLZ, «*Legitim* in English legal history», (1984) *U. Ill. L. Rev.* 659, 668.

¹² J. HUDSON, préc., note 8, p. 3.

admise depuis longtemps¹³. L'unification rapide et le peu d'influence du droit romain ont eu pour conséquence que le droit privé anglais ne connaît rien de certains éléments fondamentaux du droit privé français sur le mariage: il ne traite pas du régime des biens entre époux – la notion de régime matrimonial n'existe pas, les mêmes règles valent pour tous – et on ne rédige pas de contrat de mariage. Il accepte la distinction entre ce qui relève du tribunal séculier et ce qui relève du tribunal ecclésiastique en reconnaissant à celui-ci tout ce que l'Église réclame et même plus: en Angleterre, les tribunaux ecclésiastiques acquièrent au ^{xiii}^e s. la juridiction sur les successions, *ab intestat* ou testamentaires, pour contrôler l'exécution des pieuses volontés et jouent un rôle dans la protection des veuves¹⁴. Après la Réforme, toutefois, légiférer sur les matières qui relèvent de l'Église revient au Souverain en tant que chef de l'Église d'Angleterre. À partir du début du ^{xvi}^e s., l'exercice du pouvoir judiciaire sur le mariage en Angleterre se transforme sans que le conflit entre l'autorité du roi et celle du pape n'y joue un rôle. S'installe plutôt une tension, sinon un conflit, entre l'Église d'Angleterre et le Parlement qui se poursuit encore de nos jours¹⁵. Le Parlement devient une des sources du droit canonique de l'Église d'Angleterre, fonction qu'il exerce toujours aujourd'hui¹⁶. Par ailleurs, l'Église conserve l'essentiel de la doctrine canonique de l'indissolubilité et ne permet pas le remariage des divorcés alors que le Parlement, depuis le ^{xvi}^e s., prononce un « divorce », plus exactement une annulation, qui permet le remariage¹⁷. Finalement, les tribunaux de l'Église d'Angleterre entendent les causes liées au mariage jusqu'au *Matrimonial Causes Act* de 1857 qui confie, à un tribunal séculier spécial, les questions liées au mariage qui relevaient encore des tribunaux ecclésiastiques.

L'ouvrage le plus important sur le droit anglais de la fin du ^{xviii}^e s., et toujours considéré comme l'autorité principale sur cette époque, est le *Commentaries on the laws of England* de W. Blackstone en quatre volumes publiés à partir de 1765. Cet ouvrage était le premier exposé systématique

¹³ Cf. R. H. HELMHOLZ, préc., note 11.

¹⁴ M. M. SHEEHAN, préc., note 7; Michael McMahon SHEEHAN, « The Influence of canon law on the property rights of married women in England », dans J. K. FARGE (dir.), préc., note 7, p. 16, à la page 30.

¹⁵ Cf. Dale M. NAU, « Divorce and remarriage in the canon law of the Church of England », (1988) 32 *Studia Canonica* 321.

¹⁶ Sur les sources du droit de l'Église d'Angleterre, voir: Mark HILL, *Ecclesiastical law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, p. 1-31.

¹⁷ Voir *infra* la note 23.

du droit anglais depuis les traités de Glanvill et de Bracton au ^{xiii}^e s. En Angleterre, on considérait alors encore que le praticien devait se former par la pratique et on n'avait apparemment pas senti le besoin d'un exposé rationnel du droit. Blackstone a été le premier professeur de droit anglais à enseigner à l'université. Il a commencé à enseigner à Oxford en 1753. Ses cours étaient suivis par des membres de la noblesse rurale et du clergé qui cherchaient une introduction générale au droit plutôt que par de futurs praticiens¹⁸.

Blackstone traite le mariage dans deux chapitres différents. Les rapports personnels entre le mari et la femme sont traités au chapitre 15 du livre 1 sur les personnes, entre le chapitre qui porte sur les rapports entre maître et domestique et celui qui traite des rapports entre parent et enfant. Il reprend la distinction entre le mariage en tant que sacrement et le mariage en tant que contrat civil, en précisant que ce qui concerne le mariage en tant que sacrement relève du droit canonique, que reprend le droit anglais, et des tribunaux ecclésiastiques qui sont seuls compétents en ces matières. Il reprend les principes du droit canonique qui régissent la formation et la validité du lien matrimonial, puis expose le principe qui fonde les rapports personnels entre époux en droit anglais :

« By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband: under whose wing, protection, and cover, she performs everything [...] Upon this principle, of a union of person in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties, and disabilities, that either of them acquire by the marriage [...]. »¹⁹

L'unité juridique des époux est présentée comme la conséquence de la doctrine canonique qui fait d'eux une seule chair. Blackstone détaille ensuite les droits et obligations des époux; pendant le mariage, le mari doit fournir les nécessités de la vie à sa femme comme à lui-même: « The husband is bound to provide his wife with necessaries by law, as much as

¹⁸ John Hamilton BAKER, *An introduction to English legal history*, 4th ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 170, 171 et 176.

¹⁹ William BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Philadelphie, J. B. Lippincott Company, 1893, p. 348. La colonie conquise aurait-elle conservé le droit civil français si, entre 1759 et 1763, les autorités anglaises avaient lutté contre la coutume de Paris avec un traité plutôt qu'avec des avocats?

himself»²⁰. Il est responsable des dettes qu'elle fait pour l'entretien du ménage. La plus grande partie des dispositions porte néanmoins sur les conséquences du fait que la femme n'a pas de personnalité juridique propre tant que dure le mariage. Ces dispositions ont pour but de la protéger :

« These are the chief legal effects of marriage during the coverture ; upon which we may observe, that even the disabilities which the wife lies under are for the most part intended for her protection and benefit : so great a favourite is the female sex of the laws of England. »²¹

La pension alimentaire que le mari doit verser à sa femme après la séparation de corps – *alimony* – est traitée comme une matière absolument distincte du devoir du mari de pourvoir à l'entretien de sa femme pendant le mariage. L'entretien est un devoir du mari qui procède du mariage en tant que contrat civil alors que la pension alimentaire, comme la séparation elle-même, relève du tribunal ecclésiastique :

« In case of divorce *a mensa et thoro*, the law allows alimony to the wife : which is that allowance which is made to a woman for her support out of the husband's estate being settled at the discretion of the ecclesiastical judge, on consideration of all the circumstances of the case. [...] It is generally proportioned to the rank and quality of the parties. But in case of elopement, and living with an adulterer, the law allows her no alimony. »²²

Blackstone distingue l'annulation, qu'il nomme *divorce a vinculo matrimonii*, de la séparation de corps – *divorce a mensa et thoro*. Il ne mentionne pas que l'épouse dont le mariage a été annulé puisse recevoir des aliments. Il nomme également *divorce a vinculo matrimonii*, le divorce qu'accorde le Parlement pour cause d'adultère, qu'il ne fait que mentionner²³ ; le commentateur de l'édition de 1893 précise que le Parlement,

²⁰ *Id.*, p. 350.

²¹ *Id.*, p. 353.

²² *Id.*, p. 348.

²³ Le divorce que prononce le Parlement anglais ne dissout pas le mariage, comme le faisait le divorce en droit romain ou le fait le divorce en droit français depuis la Révolution, mais il l'annule. Le précédent date d'Henri VIII, qui, après que le pape eut refusé d'annuler son mariage avec Catherine d'Aragon, en a fait prononcer l'annulation par le Parlement. La confusion des termes n'est pas nouvelle [cf. Benoît LAPLANTE, « L'union de fait comme mariage romain : Rome, l'Église et la France d'Ancien Régime », (2014) 48 *RJTUM* 89, 120] et Blackstone utilise, pour désigner le divorce prononcé par le Parlement, une expression qui, malgré les apparences, nomme bien l'annulation et

même lorsqu'il accorde le divorce pour cause d'adultère de la femme, octroie toujours une pension alimentaire à celle-ci afin qu'elle ne soit pas conduite à persévérer dans le vice.

On saisit mieux les différences entre le droit français et le droit anglais lorsqu'on constate, au chapitre suivant, que le devoir de fournir le nécessaire à la femme pendant le mariage et la pension alimentaire après la séparation, que Blackstone n'essaie pas de relier, ne sont pas plus reliés à l'obligation du père *et de la mère* de pourvoir aux besoins de leur enfant qui procède directement du droit naturel, comme on le lit déjà dans les Pandectes, même s'il cite Montesquieu et Puffendorf, un juriste allemand du droit naturel du XVII^e s., plutôt que le *Corpus iuris civilis*:

«The duty of parents to provide for the maintenance of their children is a principle of natural law; an obligation, says Puffendorf, laid on them not only by nature herself, but by their own proper act, in bringing them into the world: for they would be in the highest manner injurious to their issue, if they only gave their children life that they might afterwards see them perish. By begetting them, therefore, they have entered into a voluntary obligation to endeavour as far as in them lies, that the life which they have bestowed shall be supported and preserved. And thus the children will have the perfect right of receiving maintenance from their parents. And the president Montesquieu has a very just observation upon this head: that the establishment of marriage in all civilized states is built on this natural obligation of the father to provide for his children; for that ascertains and makes known the person who is bound to fulfil this obligation [...]»²⁴

non le divorce au sens romain ou français. L'Église d'Angleterre, en refusant de célébrer le mariage de la personne dont le divorce avait été prononcé par le Parlement, refusait de reconnaître l'annulation prononcée par l'autorité séculière. Le fait que l'annulation prononcée par le Parlement ait été accompagnée de la création d'une nouvelle obligation alimentaire ajoute à la confusion. On ne s'est pas toujours embarrassé de ces subtilités du droit anglais dans les anciennes colonies américaines. Friedman rapporte un extrait de la loi d'intérêt privé de la Géorgie de 1833 qui rompt le mariage d'un couple dont «[the] "matrimonial connection, or civil contract of marriage," was "completely annulled, set aside, and dissolved"; so that the two would "in future be held as distinct and separate persons, altogether unconnected by any mystical union or civil contract whatever"» (Lawrence M. FRIEDMAN, *An history of American law*, 3rd ed., New York, Touchstone, 2005, p. 143). Apparemment, le législateur géorgien se reconnaissait le pouvoir de délier sur terre et dans les cieux.

²⁴ W. BLACKSTONE, préc., note 19, p. 354. Blackstone est le premier à enseigner la *common law* à l'université, où l'on enseigne plutôt le droit canonique et le droit civil. Vu la concurrence intellectuelle entre le droit civil et la *common law* qui se manifeste pour

En résumé, le devoir du mari de fournir le nécessaire à sa femme relève du mariage en tant que contrat civil même s'il repose sur la conception canonique de l'union des époux en une seule chair, le droit de l'enfant à être entretenu par ses parents relève du droit naturel alors que la pension alimentaire à la femme séparée relève du juge d'Église qui apprécie chaque cas au mérite. Le droit anglais ne relie pas les trois choses et n'en tire pas une doctrine des aliments qu'il ne possède pas. La question des aliments aux enfants n'est pas non plus reliée à celle de la succession : dans le droit anglais, le droit des enfants aux aliments relève du tribunal séculier alors que les successions, tout comme le mariage, relèveront des tribunaux ecclésiastiques jusqu'en 1857²⁵.

Blackstone traite également du mariage comme mode d'acquisition de la propriété au chapitre 29 du livre 2 sur les choses. Le mari devient propriétaire des biens de sa femme au moment du mariage. Il est propriétaire absolu des biens meubles de sa femme par le seul fait du mariage, à l'exception des vêtements et parures qui correspondent à son rang – ce à quoi se réduisent les paraphernaux en droit anglais ; il touche les revenus des immeubles de sa femme dès le mariage et en devient propriétaire absolu dès qu'il agit en tant que propriétaire, par exemple en les vendant. À la mort de son mari, la veuve reprend la propriété des biens qu'elle avait avant le mariage ; elle peut hériter de son mari²⁶.

la première fois à l'université par son enseignement, on peut comprendre qu'il ait préféré relier ce que la loi d'Angleterre doit au droit naturel à une doctrine moderne plutôt qu'à un monument du droit romain.

²⁵ R. H. HELMHOLZ, préc., note 11, 665 ; J. VANDERLINDEN, préc., note 6, p. 36 ; Lawrence STONE, *The road to divorce, England 1530-1987*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 371 et suiv.

²⁶ W. BLACKSTONE, préc., note 19, p. 732 et suiv. D'après Blackstone, la propriété absolue que la *common law* donne au mari des biens de sa femme pendant le mariage est fondée sur le passage de la Genèse où il est dit que les époux « ne feront qu'une seule chair » (Gn 2,24). Le droit rabbinique ne tire pas une telle conclusion de ce passage de la Genèse – ou ne s'en sert pas pour justifier une telle règle. Sur ces questions, il se rapproche plus du droit civil que de la *common law*. Dans le droit rabbinique, l'époux doit fournir le nécessaire à l'épouse selon sa condition et selon les usages du lieu, et, en contrepartie, il est maître des gains de l'épouse. Par contre, l'épouse demeure propriétaire de la dot, des paraphernaux et de ses biens propres, l'époux jouissant de l'usufruit des deux premiers pendant le mariage. En plus, l'épouse est responsable de ses dettes, qu'elle pourra même devoir payer à même son douaire. Voir : Moses MIELZINER, *The Jewish law marriage and divorce in ancient and modern times and its relation to the law*

Le Parlement modifie les dispositions de la *common law* sur le mariage, le divorce et les relations économiques entre les époux à partir de la fin du XIX^e s., notamment en adoptant deux lois, les *Married Women's Property Act* de 1870 et 1882. La première donne à l'épouse le droit d'être propriétaire de certains biens alors que la seconde élargit ce droit et met fin à l'unité juridique des époux. Aujourd'hui, le partage des biens au divorce ou à la séparation est régi principalement par le *Family Law Act* de 1996.

Les lois anglaises sont d'un maniement délicat. Depuis 1996, le divorce et la séparation sont accordés pour cause d'échec du mariage, en imposant aux époux un délai de neuf mois de réflexion après la présentation de la requête²⁷. Les causes de l'échec du mariage demeurent celles qu'énonce le *Matrimonial Causes Act* de 1973 : l'adultère, la conduite déraisonnable, l'abandon du domicile conjugal ainsi que la rupture de la vie commune depuis deux ou cinq ans²⁸. Le premier article du *Family Law Act* de 1996 précise que ses dispositions sur le divorce et la séparation doivent être interprétées en considérant « that the institution of marriage is to be supported ». Cette intention explique peut-être qu'on ne trouve rien, dans le droit anglais actuel, qui ressemble à l'article du Code civil français qui met fin au devoir de secours entre époux²⁹ et distingue nettement le divorce de la séparation de corps. Ni le *Family Law Act* de 1996 ni le *Matrimonial Causes Act* de 1973, qui régit encore la plupart des aspects des relations économiques entre époux après le mariage ou la séparation, ne distinguent le divorce et la séparation sous ce rapport. Les relations économiques entre les époux divorcés ou séparés sont traitées avec le devoir des parents envers leurs enfants en utilisant le même mot – *maintenance* –, pendant l'instance et après³⁰. En *common law* et dans ce contexte, ce mot est celui qui décrit l'obligation des parents envers leurs enfants, pas celle de l'époux envers l'épouse pendant le mariage – « *provide his wife with necessaries* »³¹ –, ni la pension alimentaire octroyée par le tribunal ecclésiastique qui prononce la séparation de corps ou le Parlement qui accorde le divorce – *ali-*

of the State, Cincinnati, The Bloch Publishing and Printing Company, 1884, p. 98-107 et spécialement la note 1 de la page 101.

²⁷ *Family Law Act*, U.K.P.G. 1996, c. 27, art. 5-7.

²⁸ U.K.P.G. 1973, c. 18, art. 1.

²⁹ Cf. B. LAPLANTE, préc., note 23, 143.

³⁰ *Id.*, art. 21 et suiv, art. 35 et suiv.

³¹ Cf. *supra*, p. 300.

mony³². Le droit anglais actuel semble s'être doté d'une doctrine des aliments que la *common law* ne possède pas. L'obligation de fournir le nécessaire de la *common law* vaut toujours pendant la vie commune. Lorsqu'elle cesse – pendant et après l'instance, peu importe que les époux soient séparés ou divorcés – elle est remplacée par une obligation que le vocabulaire assimile à l'obligation d'entretenir ses enfants que la *common law* conçoit instituée par le droit naturel comme dans les Pandectes.

Jusqu'à la loi de 1857, les souverains anglais, comme les souverains français, admettent la compétence de l'Église en matière de validité du mariage. Selon la doctrine canonique classique, l'échange des consentements fait le mariage, et l'échange fait sans témoin et sans l'accord des parents fait un mariage valide même s'il n'est pas permis. Le mariage clandestin a été un sujet de préoccupation en Angleterre comme en France. L'Ordonnance de Blois l'a fait disparaître en France en imposant la publication des bans, la célébration publique par le prêtre devant témoins et l'enregistrement. Les choses ont été plus compliquées en Angleterre. Le décret de réformation touchant au mariage du concile de Trente, qui imposait lui aussi la publicité de la célébration, n'a évidemment pas été proclamé en Angleterre, puisqu'à l'époque du Concile, on y avait déjà rompu les liens avec Rome. Malgré qu'ils aient cumulé les pouvoirs séculiers et religieux sur le mariage, les souverains anglais ont mis beaucoup de temps à imposer, à leurs sujets, les règles de formation du mariage qu'ils souhaitaient. Les causes semblent nombreuses; les plus importantes semblent avoir été le développement de l'usage du permis de mariage – *marriage licence* –, la diversité confessionnelle, les perturbations qui ont entouré les guerres civiles du ^{xvii}e s. et le peu de contrôle que l'État a exercé sur l'administration de l'Église.

L'Église exigeait depuis longtemps que la célébration du mariage soit publique et précédée de la publication des bans; le décret du concile de Trente a rendu cette exigence nécessaire sous peine de nullité. L'autorité ecclésiastique pouvait accorder la dispense de publier les bans. En France, l'article 40 de l'Ordonnance de Blois limite cette pratique. En Angleterre, au contraire, la dispense devient la règle au point où elle devient un permis qu'on doit se procurer à titre onéreux avant le mariage. La pratique aurait pu permettre à l'État de contrôler étroitement la célébration du mariage, mais il semble qu'elle ait eu l'effet contraire, notamment parce

³² *Id.*

que l'État contrôlait peu l'appareil administratif de l'Église d'Angleterre qui émettait les permis et en tirait des revenus qui semblent ne pas avoir été négligeables³³. La diversité confessionnelle a ajouté à la difficulté : la loi ne reconnaissait officiellement que les mariages célébrés selon les rites de l'Église d'Angleterre alors que les catholiques et les fidèles non-conformistes – les fidèles des groupes religieux anglais qui rejetaient l'Église d'Angleterre – pouvaient se sentir tenus en conscience de se marier selon les rites de leur confession et donc justifiés de ne pas se marier selon ceux de l'Église d'Angleterre. Sous le *Commonwealth of England*, le Parlement retire à l'Église d'Angleterre son statut d'Église d'État et, par une loi de 1653, fait du mariage un contrat qui ne peut être conclu que devant un juge de paix. Après la Restauration, le Parlement adopte plusieurs lois pour contrer le mariage clandestin en imposant des conditions strictes à la célébration du mariage, mais les tribunaux ecclésiastiques ne déclarent pas nécessairement nuls les mariages qui ne respectent pas les formes exigées par les lois. Finalement, le Parlement adopte en 1753 une loi – *An Act for the Better Preventing of Clandestine Marriage* (26 George II c. 32) – qui impose des formes sous peine de nullité. En principe, le mariage clandestin disparaît à ce moment d'Angleterre³⁴.

À strictement parler, ce qui précède vaut pour l'Angleterre, mais pas pour l'ensemble du Royaume-Uni. La situation du droit privé du Royaume-Uni est en effet paradoxale. L'Écosse et l'Angleterre vivent en union législative depuis 1701 et, jusqu'à la dévolution de 1999, le pouvoir législatif sur l'Écosse était entièrement exercé par le parlement de Westminster. Malgré cela, le système juridique de l'Écosse est toujours demeuré séparé du système juridique anglais : l'Écosse a son propre droit – *the Scots law* – distinct du droit anglais – *the common law* –, notamment en ce qui concerne le droit de la famille. L'Irlande du Nord possède également son propre système de droit, proche du droit anglais, mais néanmoins distinct. Au Royaume-Uni, le droit anglais ne vaut qu'en Angleterre et au pays de Galles. La fortune du droit anglais hors du Royaume-Uni a cependant été exceptionnelle parce qu'il a été reçu dans la plupart des colonies britanniques : le droit anglais – en fait, seulement sa partie parfaitement commune, la *common law* – forme la base du droit privé notamment aux États-Unis, sauf en Louisiane, et au Canada, sauf au Québec.

³³ R. B OUTHWAITE, *Clandestine Marriage in England 1500-1850*, Londres, The Hambleton Press, 1995, p. 5 et suiv.

³⁴ *Id.*

II. La situation actuelle en France et en Angleterre

A. Le droit français actuel

Dans le droit français actuel, le lien se forme toujours par l'échange solennel des consentements. Faire reposer le mariage sur le consentement des époux est un élément de droit romain que le droit canonique a repris et que le droit actuel conserve de ce dernier. La solennité de l'échange des consentements est une invention du droit canonique : elle n'existe pas en droit romain ; elle est nécessaire en droit canonique depuis le décret *Tametsi* du concile de Trente et, en droit français, depuis l'ordonnance de Blois. Seul le mariage célébré par un représentant de l'État a des effets civils ; le couple peut, à son gré, faire suivre la célébration civile d'une célébration religieuse.

Le mariage peut se dissoudre par consentement mutuel. La dissolution doit être prononcée par un tribunal. En droit romain, le mariage repose sur le consentement continu des époux ; le contrôle du divorce par le tribunal est une invention relativement tardive et demeure une mesure extraordinaire. En droit canonique, le consentement échangé une fois engage pour la vie : le divorce n'existe pas. Les époux peuvent être relevés de l'obligation de faire vie commune par le tribunal ecclésiastique, mais uniquement pour cause déterminée et au terme d'un procès de type inquisitoire qui rappelle la procédure pénale. Le droit français d'Ancien Régime suit le droit canonique sur ce point. L'état actuel du droit français est mixte. Le fond est un élément de droit romain : le mariage repose sur le consentement continu des époux. La forme est conservée du droit canonique : la dissolution ne peut être prononcée que par un tribunal qui enquête lorsque le divorce est demandé pour cause déterminée³⁵.

Les obligations entre époux qui naissent du mariage sont reprises du droit canonique qui les avait lui-même reprises du droit romain. Elles n'avaient cependant pas le même sens en droit romain et en droit canonique : faire vie commune et se devoir des aliments ou secours et assistance, peu importe la formule, n'a pas les mêmes des conséquences en droit romain – où elles s'éteignent au divorce qui se fait sans formalité – et

³⁵ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Volume 1, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2004, p. 1345.

en droit canonique – où elles survivent à la séparation de corps et où le divorce n'existe pas. Le droit français actuel fait coexister l'héritage des deux sources. Le divorce par consentement mutuel reproduit ce qui existait en droit romain alors que la séparation de corps reproduit ce qui existe en droit canonique. Le divorce pour cause déterminée, y compris la rupture unilatérale de la vie commune, maintient le devoir de secours, comme la séparation³⁶. Dans le droit français actuel, la pension alimentaire est « destinée à réparer le préjudice résultant de la disparition anticipée du devoir de secours, dont elle constitue le prolongement et le substitut »³⁷; elle a un caractère alimentaire, mais également indemnitaire, dans la mesure où elle est octroyée lorsque le divorce, ou la séparation, est prononcé pour cause³⁸. Apparemment, le droit français fait coexister deux conceptions du mariage: celui qui repose sur le consentement continu *conjoint* des deux époux, qui se termine par le consentement mutuel, et celui qui repose sur le consentement continu *de chacun* des deux époux. Dans le second cas, l'obligation de secours n'aurait pas dû disparaître puisque la vie commune se termine par la décision d'un seul des époux; on fait en sorte que ce mariage ne se dissolve pas complètement. La doctrine que cite Carbonnier fait apparaître un élément important du sens, sinon de la nature de la pension alimentaire à l'époux après la séparation ou le divorce. En droit romain, l'épouse prenait la condition sociale de l'époux et la perdait normalement au divorce. En droit canonique, les deux époux ne font qu'une seule chair et le mariage est indissoluble; l'époux doit assurer la subsistance de son épouse à même ses biens, son travail ou les biens de son épouse. Reporté dans la société contemporaine, ce principe fait que l'épouse prend la condition économique de l'époux et a le droit de la conserver sa vie durant.

L'encadrement des relations patrimoniales du droit français actuel est d'origine mixte. La communauté de biens est une invention du droit coutumier d'une partie de la France; il n'est pas certain qu'elle serait apparue si l'Église n'avait pas imposé l'indissolubilité du mariage. La communauté réduite aux acquêts est dérivée de la communauté. La séparation de biens est d'origine romaine. Le divorce dissout le régime matrimonial; la séparation de corps également.

³⁶ C. civ. fr., art. 281; J. CARBONNIER, préc., note 35, p. 1351.

³⁷ J. CARBONNIER, préc., note 35, p. 1368.

³⁸ *Id.*

Les combinaisons qu'offre le Code civil français actuel font que, pour les obligations entre époux, le mariage peut être vécu presque comme un mariage de droit romain ou bien comme un mariage de droit canonique. Le couple qui divorce par consentement mutuel a vécu un mariage analogue à celui du droit romain, sauf qu'il s'est marié solennellement à la mairie et qu'il doit faire prononcer son divorce par le tribunal. Pour les obligations, ce mariage et ce divorce ne se distinguent de leurs équivalents romains que par la solennité de la formation et le contrôle judiciaire de la dissolution. Le couple qui se marie à la mairie puis à l'église, et qui fait prononcer sa séparation par l'officialité du diocèse puis par le tribunal aura vécu sa relation conjugale conformément à la doctrine canonique. Le Code civil français actuel permet de former et surtout de mettre fin à la relation conjugale selon la conscience de chacun; il permet au croyant de vivre dans la Cité selon sa foi, mais n'impose pas à l'incroyant de vivre selon la doctrine du mariage qui s'est développée après que l'Église ait imposé l'indissolubilité.

B. Le droit anglais actuel

En droit anglais, comme en droit français, le lien se forme par l'échange solennel des consentements qui provient du droit canonique. Il est nécessaire en droit anglais depuis le *Act for the Better Preventing of Clandestine Marriage* de 1753. Le mariage religieux a des effets civils; le couple peut se marier à l'église ou devant le *registrar*, c'est-à-dire l'officier de l'état civil.

Dans le droit anglais actuel, le mariage ne peut pas se dissoudre au sens où il se dissout en droit français. La séparation et le divorce ne sont accordés que pour cause déterminée et entraînent le partage des biens des époux, mais réaffirment tous deux l'obligation alimentaire. En principe, le tribunal enquête sur la cause en suivant une procédure de type inquisitoire héritée des tribunaux ecclésiastiques, comme dans la plupart des pays d'Occident qui n'ont pas profondément réformé le divorce³⁹. Le divorce ne se distingue de la séparation que sur un point: le divorcé peut se remarier civilement – ou dans toute autre religion réformée que la religion d'État. En droit anglais actuel, la séparation est le *divortium a mensa et thoro* du droit canonique de l'Église d'État, construit sur le divorce pour adultère de

³⁹ *Id.*, p. 1345.

la Loi julienne sur la répression de l'adultère, alors que le divorce est le *divortium a vinculo matrimonii* que le Parlement octroyait déjà au XVIII^e s.; comme au XVIII^e s., les deux ne se distinguent en pratique que par le droit, ou pas, de se remarier⁴⁰. Le *Family Law Act* de 1996, qui donne des conséquences identiques à la séparation et au divorce à l'exception du droit de se remarier, ne fait que maintenir et parfaire, dans la forme et dans le détail, la solution qui existe depuis le XVIII^e s. et que semble imposer l'existence d'une Église d'État. On permet aujourd'hui aux incroyants de se marier civilement, mais on ne leur permet pas de vivre le mariage autrement que selon la doctrine que l'Église d'État impose à ses fidèles. Donner cette liberté romprait le difficile équilibre qu'impose à l'État la charge d'une Église qui proclame l'indissolubilité du mariage et qui n'utilise le mot « divorce » que s'il désigne le *divortium a mensa et thoro*, c'est-à-dire la séparation de corps. On n'a pas à chercher ailleurs pourquoi le droit anglais refuse le divorce et la séparation par consentement mutuel et pourquoi le divorce anglais d'aujourd'hui, contre tout bon sens, réaffirme l'obligation alimentaire entre époux. Si besoin est, le droit français actuel montre que malgré les craintes du Comité de législation de 1792, on peut permettre la pleine dissolution du mariage – et la séparation – par consentement mutuel sans détruire la société ni la famille, et qu'on peut redresser l'iniquité autrement qu'en imposant l'obligation alimentaire aux divorcés. Reconnaître ouvertement que l'état actuel du droit anglais est essentiellement un produit des contraintes que la charge de la religion d'État impose au Parlement manifesterait la tension entre l'Église et l'État dont on préfère ne pas parler⁴¹.

Dans le droit du monde occidental, l'indissolubilité du mariage n'a pas d'autre source que les Évangiles. Lorsqu'il s'est penché sur la sécularisation du mariage, le législateur de la Révolution française n'a rien fait d'autre que de tirer la conséquence de ce que tous les Français d'alors

⁴⁰ Avant 1857, le Parlement octroyait le droit de se marier aux époux séparés de corps par jugement du tribunal ecclésiastique en annulant leur mariage. À partir de 1857, le tribunal séculier accorde la séparation ou le divorce sur la base des motifs qu'utilisaient les tribunaux ecclésiastiques pour accorder la séparation de corps. En pratique, ceci rapproche le divorce à l'anglaise du divorce tel que le concevait Luther et tel qu'il se pratiquait depuis la Réforme dans les pays protestants; cf. Roderick PHILLIPS, *Putting asunder. A history of divorce in Western society*, New York, Cambridge University Press, 1988, p. 40 à 94.

⁴¹ Cf. D. M. NAU, préc., note 15.

avaient appris au catéchisme. Lorsqu'on le pense en dehors de la doctrine canonique, rien ne conduit à imposer que le mariage soit indissoluble.

Par ailleurs, on ne trouve plus aujourd'hui en Occident d'État qui contraigne à faire vie commune l'époux qui ne le veut plus, même dans les pays où l'influence de l'Église est la plus forte et où le divorce n'existe que depuis peu. Dans tout l'Occident, on admet aujourd'hui comme une évidence que l'État ne peut pas imposer aux époux la première obligation qui naît du mariage. Le droit reconnaît que la poursuite de la vie commune repose sur le consentement continu des deux époux. On n'est peut-être pas suffisamment conscient que cette évolution des mœurs, que le droit a discrètement consacrée, a fait autant, sinon plus, que l'introduction bruyante du divorce pour changer la nature du mariage tel que l'Occident le connaissait depuis que la doctrine canonique classique s'était fixée.

Le droit admet généralement et directement que l'on ne peut pas contraindre l'époux qui ne le veut plus à la vie commune. Le droit français admet le divorce et la séparation par consentement mutuel. Le droit anglais n'admet que le divorce et la séparation pour cause déterminée. Le droit anglais contourne sa doctrine en admettant que la rupture de la vie commune, qui peut être le fait de la volonté d'un seul époux, est une cause de séparation et de divorce. Le droit français, qui admet le divorce et la séparation par consentement mutuel, fait la même chose. Dans les faits, le droit reconnaît, mais sans jamais le dire, que le mariage repose aujourd'hui sur le consentement continu de chacun des deux époux. Sur ce point, le droit est parfaitement hypocrite.

III. Le Québec

A. Les trois traditions juridiques et l'union de fait au Québec

La constitution canadienne fait du mariage et du divorce une compétence exclusive du parlement fédéral alors qu'elle fait de la célébration du mariage, de la propriété et « des droits civils », des compétences exclusives des législatures des provinces. Cette division reprend, à peu près, la répartition ancienne des compétences sur le mariage entre le pouvoir séculier et l'Église. On n'a pas à s'en surprendre: cette répartition était encore

d'actualité en Angleterre à l'époque où l'on rédigeait le *British North America Act* de 1867.

Jusqu'en 1857, le système judiciaire anglais comprend un certain nombre de tribunaux spécialisés qui suivent la procédure du droit civil: ce sont les tribunaux ecclésiastiques – la *Court of Arches*, la *Prerogative Court*, la *Faculty Court* et la *Court of Delegates* – et la *High Court of Admiralty* qui entend les causes de droit maritime. Les tribunaux ecclésiastiques appliquaient le droit canonique et la *High Court of Admiralty*, le droit des gens. Plaider devant ces tribunaux était réservé aux membres de la société des avocats civilistes, the *College of Civilians*; les juges de ces tribunaux étaient choisis parmi les membres de la société. Les tribunaux ecclésiastiques étaient compétents, entre autres, pour les questions de succession – notamment l'homologation des testaments, importante dans un pays qui ne connaît pas le notariat, qui relevait de la *Prerogative Court* –, le mariage et le *divortium a mensa et thoro* – plus facile à obtenir que le divorce parlementaire – qui relevaient de la *Court of Arches*. En 1857, le Parlement britannique adopte le *Court of Probate Act*⁴² qui, entre autres choses, confie l'homologation des testaments à un nouveau tribunal séculier – la *Court of Probate* –, permet aux avocats de *common law* de plaider devant les tribunaux qui utilisent la procédure civiliste et force la dissolution progressive du *College of Civilians*. La même année, il adopte le *Matrimonial Causes Act*⁴³ qui confie le mariage et le *divortium a mensa et thoro* à un nouveau tribunal séculier, la *Court of Divorce and Matrimonial Causes*, où peuvent plaider les avocats de *common law* même si, pour l'essentiel, on y applique le droit canonique de l'Église d'Angleterre qui appartient à la tradition civiliste⁴⁴.

⁴² (1857) 20 et 21 Vict., c. 77.

⁴³ (1857) 20 et 21 Vict., c. 85.

⁴⁴ Ces lois achèvent un processus qui s'est accéléré à partir du milieu du XIX^e s. pour limiter à peu près entièrement la compétence des tribunaux ecclésiastiques aux causes disciplinaires de l'Église. La perte de la compétence sur les « causes matrimoniales » et sur les successions testamentaires conduit peu après à la dissolution du *College of civilians* et à la disparition des civilistes en Angleterre. Le mouvement qui a conduit à cette disparition s'était accéléré à peu près au moment où, avec l'ouverture de la *School of law and modern history* d'Oxford en 1850, la *common law* était devenue pour la première fois une matière dont l'étude pouvait être sanctionnée par un diplôme. Cf. George Drewry SQUIBB, *Doctors' Commons, a history of the College of advocates and doctors of law*, Oxford, Clarendon Press, 1977. Sur les tribunaux ecclésiastiques anglais,

Les seules lois que le parlement fédéral a adopté en vertu de sa compétence exclusive sur le mariage et le divorce portent sur des matières que l'Église juge de sa compétence: la *Loi concernant le droit interdisant le mariage entre personnes apparentées*⁴⁵, la *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*⁴⁶, la *Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*⁴⁷ qui énonce que «le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne» et permet ainsi le mariage de deux personnes du même sexe ainsi que la *Loi sur l'annulation du mariage (Ontario)*⁴⁸ qui maintient, en Ontario, le droit anglais sur l'annulation du mariage tel qu'il existait en 1870 dans la mesure où il n'a pas été modifié depuis par une loi du parlement fédéral. Il en va de même de la Loi sur le droit fédéral et le droit civil de la province de Québec⁴⁹ qui abroge les dispositions du Code civil du Bas-Canada que l'Assemblée nationale n'avait pas le pouvoir d'abroger et promulgue trois articles qui doivent s'interpréter comme s'ils faisaient partie du Code civil du Québec:

« 5. Le mariage requiert le consentement libre et éclairé de deux personnes à se prendre mutuellement pour époux.

6. Nul ne peut contracter mariage avant d'avoir atteint l'âge de seize ans.

7. Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant que tout mariage antérieur ait été dissous par le décès ou le divorce ou frappé de nullité. ».

B. Le divorce et le devoir de secours

La compétence exclusive du parlement fédéral sur le divorce a eu peu d'effet au Québec jusqu'à ce que le parlement fédéral adopte sa première loi sur le divorce en 1968. Jusqu'à ce moment, au Québec, on ne pouvait obtenir d'un tribunal que la séparation de corps, nommée de manière prudente et catholique par *separation from bed and board* dans la version

voir: R. B. OUTHWAITE, *The rise and fall of the English ecclesiastic courts, 1500-1860*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

⁴⁵ *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.C. 1990, c. 46.

⁴⁶ *Loi sur le divorce*, L.C., 1985, c. 3, 2^e suppl.

⁴⁷ *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33.

⁴⁸ L.C. 1970, c. A-14.

⁴⁹ *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4 (partie 1).

anglaise du Code civil du Bas-Canada. Il était possible d'obtenir un divorce en faisant adopter une loi d'intérêt privé par le parlement fédéral, mais peu de couples le faisaient, probablement autant sinon plus par scrupule religieux que par manque de moyens.

Les époux québécois qui ne veulent plus vivre ensemble peuvent choisir entre deux voies pour régler leur situation. La Loi sur le divorce de 1985⁵⁰, comme la Loi sur le divorce de 1968⁵¹ () qu'elle a remplacé, leur permet d'obtenir un divorce au sens du droit anglais actuel, qui ne dissout pas parfaitement le lien, maintient l'obligation alimentaire et permet le remariage. Le Code civil leur permet d'obtenir la séparation de corps qui ne dissout pas le lien, maintient l'obligation alimentaire et ne permet pas le remariage. Au Québec, comme en Angleterre, les couples ne peuvent pas faire dissoudre complètement leur mariage au sens où le Code civil français actuel permet de le faire. Le droit admet hypocritement que la première obligation qui naît du mariage, celle de faire vie commune, repose sur le consentement continu des deux époux alors que pour l'obligation alimentaire au conjoint, le consentement échangé une fois engage pour la vie.

Cette situation n'est pas propre au Québec, on la retrouve notamment en Angleterre. La lecture de certains passages du Code civil du Québec montre cependant que ce qui a une certaine cohérence forcée en Angleterre n'en a pas beaucoup au Québec. En Angleterre, le *Family Law Act* a pour but de défendre l'institution du mariage telle qu'elle existe dans le droit canonique de l'Église d'Angleterre : au moins en principe, on essaie de ne pas reconnaître que le mariage repose sur le consentement continu des époux et on affirme clairement, par le choix du vocabulaire, que l'obligation alimentaire entre les époux, même divorcés, ne disparaît jamais. L'article 495 du Code civil du Québec permet la séparation de corps par consentement mutuel et sans condition de délai. L'article 521.13 C.c.Q. permet de dissoudre l'union civile par acte notarié, sans examen du tribunal. En admettant la séparation de corps et la dissolution de l'union civile par consentement mutuel, le droit civil québécois admet, plus clairement encore que le droit fédéral, que la relation conjugale repose sur le consentement continu des époux. Cette idée s'écarte nettement de la doctrine canonique de l'indissolubilité du mariage qui, pourtant, est le seul fonde-

⁵⁰ Préc., note 46.

⁵¹ S.C. 1967-1968, c. 24.

ment de l'obligation alimentaire entre époux divorcés : la croyance que les époux forment une seule chair est la seule chose qui permette de croire qu'il existe, entre eux, une obligation alimentaire de même nature que celle qui existe entre les parents et les enfants.

Sur cette question, le *Code civil du Québec* n'est pas cohérent. Au Québec, l'obligation alimentaire naît du mariage à l'article 392 du Code civil : « Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations. Ils se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance. Ils sont tenus de faire vie commune. ». La demande en séparation de corps délie les époux de l'obligation de faire vie commune⁵² ; la séparation de corps elle-même en fait autant⁵³. L'article 517 C.c.Q. précise que les règles qui régissent la séparation de corps s'appliquent au divorce qui est prononcé « conformément à la loi canadienne sur le divorce ». On comprend que les époux divorcés sont relevés de l'obligation de faire vie commune par les articles 499 et 507 C.c.Q. L'article 518 C.c.Q., qui traite des effets du divorce, précise que « le divorce emporte la dissolution du régime matrimonial », mais rien de plus. On ne trouve pas, dans le Code civil québécois, l'équivalent de l'article 270 du Code civil français où on lit que le divorce « met fin au devoir de secours entre époux ». La *Loi sur le divorce* ne relève pas non plus les époux divorcés du devoir de secours ; au contraire, son article 15.2, qui régit la pension alimentaire à l'époux, suppose que l'obligation alimentaire survit au divorce. On retrouve donc, au Québec, une situation semblable à celle qui existe en Angleterre, mais avec une nuance importante : en Angleterre, dans le *Family Law Act* de 1996, la séparation et le divorce remplacent l'obligation de pourvoir aux nécessités de la vie qui existe dans le mariage par une nouvelle obligation nommée *maintenance* qui, en *common law*, est l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants, fondée sur le droit naturel et sans terme.

Le parlement fédéral a sans aucun doute la compétence exclusive de légiférer sur le divorce au même titre qu'il a la compétence de légiférer sur le mariage. Il est clair que les législatures des provinces peuvent légiférer sur les effets du mariage ; il est également établi que les législatures des provinces peuvent légiférer sur les effets du divorce. Le Code civil relève les époux divorcés de l'obligation de faire vie commune en plus de dissoudre leur régime matrimonial. On ne voit pas ce qui empêche l'Assemblée

⁵² C.c.Q., art. 499.

⁵³ C.c.Q., art. 507.

nationale de décréter que le divorce, mais pas la séparation de corps, relève les époux du devoir de secours et d'assistance qui naît à l'article 392 du Code civil. Si l'Assemblée nationale le faisait, on ne voit pas très bien comment la Loi sur le divorce pourrait imposer la pension alimentaire à l'ex-époux, à moins de reconnaître au parlement fédéral la compétence de légiférer sur les effets civils du divorce alors qu'il n'a pas celle de légiférer sur les effets civils du mariage. Il lui suffirait de faire les ajustements nécessaires au Code civil pour faire jouer à la prestation compensatoire le rôle qu'elle joue dans le Code civil français et offrir aux couples québécois, comme en France, un véritable choix entre un divorce qui dissout pleinement le mariage et la séparation de corps. Le divorce s'écarterait plus nettement de la séparation de corps et le mariage plus nettement de la doctrine canonique. Le législateur québécois n'a pas du tout exploré cette voie. Il admet plus clairement que bien d'autres que le mariage repose sur le consentement continu des époux, mais il ne manifeste aucune envie d'être cohérent sur cette question. La chose se comprend lorsqu'on examine dans son ensemble l'encadrement juridique actuel de la relation conjugale dans le droit québécois.

C. Le partage du patrimoine familial

Le régime de la communauté des biens est apparu au Moyen Âge dans un contexte où le mariage était indissoluble. Le divorce, rare dans les sociétés occidentales jusqu'à la deuxième moitié du *xx^e* s., est devenu très fréquent depuis. Au cours de la deuxième moitié du *xx^e* s., la plupart des territoires de droit civil se sont adaptés à ce changement en remplaçant le régime de communauté des biens par le régime de la société d'acquêts, qui réduit ce qui est commun à ce qui est acquis pendant le mariage. Dans ce régime, les époux ne mettent pas en commun ce qu'ils avaient au moment du mariage et le reprennent à la séparation ou au divorce. Le Québec fait de même en 1969 en adoptant la Loi concernant les régimes matrimoniaux⁵⁴.

Le régime de séparation des biens descend de ce qu'étaient les relations économiques entre époux en droit romain : les époux demeuraient chacun propriétaire de leurs avoirs y compris de ce qu'ils acquéraient pendant le mariage, devaient chacun contribuer aux charges du ménage et

⁵⁴ L.Q. 1969, c. 77.

étaient chacun responsables de l'entretien de leurs enfants communs. Ce type de relations économiques convenait au mariage romain qui reposait sur le consentement continu des époux et qui unissait deux individus disposant chacun d'un patrimoine propre au moment du mariage. Réduire la communauté aux acquêts a suffi pour adapter le régime communautaire à la réalité contemporaine. Le régime de la séparation des biens a posé un problème plus difficile que le législateur québécois a eu du mal à résoudre. Avant que le divorce ne devienne courant, être marié sous un régime communautaire ou sous le régime de la séparation des biens faisait peu de différence pour la plupart des couples. Une fois le divorce devenu courant, il est apparu que ce régime convenait aux couples où les deux époux sont économiquement autonomes, mais pas à ceux où l'un des deux dépend économiquement de l'autre. Le divorce d'un couple formé de deux époux économiquement autonomes mariés en séparation de biens ne créait pas d'injustice, mais le divorce d'un couple marié en séparation de biens dont un des époux, presque toujours l'épouse, était économiquement dépendant de l'autre créait une injustice : l'épouse n'avait droit à rien de ce qui avait été accumulé par son conjoint, même lorsqu'il était clair que l'époux n'aurait pas pu s'enrichir sans le travail domestique de l'épouse. En principe, l'épouse aurait pu tenter d'obtenir une compensation en recourant à la théorie de l'enrichissement sans cause. Les tribunaux ont cependant estimé que l'enrichissement de l'époux n'était pas sans cause et résultait « de l'accomplissement du devoir d'assistance existant entre époux »⁵⁵.

Il fallait trouver une solution qui fasse disparaître l'injustice sans faire disparaître la liberté des époux à qui la séparation de biens convenait vraiment afin de profiter des avantages que ce régime avait pour eux. En 1982, l'Assemblée nationale a ajouté au Code civil une section qui permet au tribunal qui prononce le divorce d'ordonner à l'époux le plus riche de verser à l'époux défavorisé une prestation, forfaitaire ou par versements, qui compense « l'apport de ce dernier, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint [...] en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage »⁵⁶. Cette solution paraissait aller de soi parce qu'elle laissait au tribunal le soin d'apprécier chaque cas au mérite alors que les tribunaux avaient depuis très longtemps le rôle de fixer le détail des pensions alimentaires en fonction

⁵⁵ Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le Droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 142.

⁵⁶ C.c.Q., art. 427.

des circonstances de chaque cas : ils jouaient ce rôle lorsqu'ils prononçaient la séparation de corps, avant même que le divorce ne soit permis. Il est rapidement devenu clair que les tribunaux québécois n'utilisaient pas le nouveau pouvoir mis à leur disposition pour rétablir l'injustice que créait le régime de séparation des biens lorsqu'un des conjoints était économiquement dépendant. Le gouvernement a alors cherché son inspiration ailleurs. Il s'est tourné vers l'Ontario.

L'Ontario a adopté la *common law* anglaise et, comme l'Angleterre elle-même, la conserve en la modifiant par les lois de son assemblée législative. Comme en Angleterre, on y a remplacé les dispositions de la *common law* sur les relations personnelles et patrimoniales entre les époux pour donner la personnalité juridique et le droit de propriété à la femme mariée. Le résultat était que les époux vivaient dans une situation analogue au régime de la séparation des biens. Une fois le divorce devenu courant, le problème que pose la séparation des biens au moment du divorce lorsqu'un conjoint est économiquement dépendant s'est manifesté. En 1978, l'Ontario adopte le *Family Law Reform Act*⁵⁷ notamment pour régler ce problème ; c'est cette loi qui a inspiré les dispositions sur le patrimoine familial qu'on retrouve aujourd'hui dans le *Code civil du Québec*. L'Ontario a rapidement remplacé sa loi de 1978 par une autre, le *Family Law Act* de 1986⁵⁸ qui donne plus de liberté aux époux et qui s'apparente à la société d'acquêts du droit québécois telle qu'elle fonctionnait avant qu'on ajoute au Code civil les dispositions sur le patrimoine familial⁵⁹.

Le *Family Law Reform Act* de 1978 prévoyait déjà que « les dispositions visant l'obligation alimentaire après le divorce doivent être appliquées aux cas où les partenaires ont vécu ensemble pendant cinq ans ou ont vécu “in a relationship of some permanence, where there is a child born of whom they are the natural parents” »⁶⁰. En fait, pour adapter les dispositions de la *common law* sur le mariage à la réalité contemporaine, l'Ontario a progressivement mis en place un système qui traite à la fois des couples mariés et des couples en union de fait. Ce système, dans son état actuel, se trouve

⁵⁷ L.O. 1978, c. 2.

⁵⁸ L.O. 1986, c. 4.

⁵⁹ Danielle BURMAN et Jean PINEAU, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 3 et 4.

⁶⁰ A.I.S.J., « Les réunions de l'Association internationale des sciences juridiques (Berkeley, Californie, 27-29 août 1980) », (1980) 32-4 *Revue internationale de droit comparé* 790, 793.

dans la *Loi sur le droit de la famille*⁶¹. Il accorde une grande place aux «biens familiaux», qui peuvent comprendre la plus grande partie de ce que chacun des époux peut posséder. À la rupture, si les conjoints ne conviennent pas autrement, les biens familiaux sont partagés également entre eux. Autrement la loi permet aux époux de réduire les biens familiaux soumis au partage au seul foyer conjugal en le précisant dans un contrat de mariage et aux conjoints de fait de ne rien mettre en commun en le précisant dans un accord de cohabitation. Pour le reste, les époux et les conjoints peuvent convenir entre eux librement de tout ce qui concerne leurs relations économiques. Les époux et les conjoints de fait qui se séparent peuvent également rédiger un accord de séparation qui remplace le contrat de mariage ou l'accord de cohabitation qu'ils avaient déjà. À la rupture de l'union, les époux et les conjoints de fait sont soumis à l'obligation alimentaire au conjoint. Ils peuvent convenir entre eux de la manière dont ils s'acquitteront de cette obligation dans le contrat de mariage, dans l'accord de cohabitation ou dans l'accord de séparation; rien ne les empêche d'y renoncer. En bref, l'Ontario a remplacé le système traditionnel de la *common law* qui ne reconnaissait que le mariage et qui imposait les mêmes règles à tous les couples par un système qui comprend le mariage et l'union de fait, et qui offre une grande latitude aux époux et aux conjoints de fait. En pratique, le traitement des conjoints de fait se distingue de celui du Québec par le fait que sans accord de cohabitation, les conjoints de fait vivent dans des conditions qui s'apparentent à celles d'un couple marié québécois en société d'acquêts.

En Ontario, comme dans de nombreuses anciennes colonies britanniques d'Amérique du Nord, soumettre les conjoints de fait aux mêmes règles que les époux a un fondement historique. En Angleterre même, le schisme de la Réforme qui s'est produit avant le concile de Trente, la diversité confessionnelle, les guerres civiles du ^{xvii}^e s. et le faible contrôle de l'administration de l'Église par l'État ont fait en sorte que le mariage formé sans célébration régulière a eu cours au moins jusqu'en 1753. Les colonies américaines de la Grande-Bretagne se sont peuplées à partir de 1620. Plusieurs des immigrants britanniques qui s'y sont installés l'ont fait parce qu'ils n'étaient pas anglicans et que la Couronne britannique accordait à ses sujets des colonies américaines la liberté religieuse qu'elle refusait à ceux des îles britanniques. L'encadrement juridique du mariage variait

⁶¹ L.R.O. 1990, c. F. 3.

d'une colonie à l'autre et a pu varier au cours du temps au sein d'une colonie. Les colonies peuplées de puritains, pour qui le mariage est un pur contrat civil, n'ont pas encadré sa formation de la même manière que les colonies où s'étaient installés des fidèles de l'Église d'Angleterre⁶². Lorsque la colonisation s'est étendue vers l'ouest, le manque de ministres du culte et de juges de paix compétents pour célébrer les mariages a contribué au développement du *common law marriage*, une institution typiquement américaine par laquelle la simple possession de l'état d'époux fait le mariage, notamment, et peut-être surtout, aux fins de succession⁶³. Onze états américains reconnaissent encore aujourd'hui le *common law marriage*⁶⁴. Les loyalistes qui ont peuplé le Haut-Canada semblent avoir conservé ou réinventé cet usage : à la fin du XVIII^e s., la plupart des couples du Haut-Canada ne sont pas mariés selon les rites de l'Église d'Angleterre qui seuls pouvaient former des mariages valables et le problème ne sera pas complètement réglé avant la Confédération⁶⁵. On ne trouve rien d'équivalent au *common law marriage* en Angleterre même : l'*Act for the Better Preventing of Clandestine Marriage* de 1753 a imposé la célébration régulière du mariage. Par ailleurs, le *Family Law Act* de 1996 est conçu pour défendre l'institution du mariage et assurer que les conséquences économiques du divorce et de la séparation soient absolument identiques ; il ne traite des couples en union de fait – *cohabitants* – que de manière marginale. Rapprocher juridiquement l'union de fait du mariage est un développement propre à la tradition de la *common law* de l'Amérique du Nord.

D. L'union de fait

L'Assemblée nationale introduit le partage du patrimoine familial dans le Code civil en 1989, en s'inspirant de ce qui s'était en Ontario de 1978 à 1986, pour régler le problème que la prestation compensatoire n'avait pas réglé : l'iniquité qui peut résulter de la liquidation du régime matrimonial des époux de séparations des biens lorsque l'épouse est

⁶² Cf. George Elliott HOWARD, *A History of matrimonial institutions*, vol. 2, Chicago, University of Chicago Press, 1904.

⁶³ L. M. FRIEDMAN, préc., note 23, p. 140 et suiv.

⁶⁴ Cf. Görin LIND, *Common law marriage, a legal institution for cohabitation*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁶⁵ John S. MOIR, *Church and State in Canada 1627-1867*, Toronto, McClelland and Stewart, 1967, p. 141 et suiv.

économiquement dépendante de l'époux. Le partage du patrimoine familial est introduit d'une manière à réduire à peu de choses la marge de manœuvre dont disposent les tribunaux et les époux eux-mêmes. Les dispositions sur le patrimoine familial ne changent que peu la situation des époux qui vivent en société d'acquêts. Elles changent du tout au tout la situation des époux qui vivent en séparation de biens : à toutes fins utiles, pour la plus grande partie des couples, imposer le partage du patrimoine familial en interdisant absolument de s'y soustraire ou d'en réduire la portée revient à abolir la distinction entre la société d'acquêts et la séparation de biens. Le mariage se alors retrouvé « surchargé d'effets »⁶⁶ et les époux privés, en pratique, de la liberté d'établir entre eux les conventions qu'ils souhaitent et dont même les époux vivant en régime communautaire disposaient jusque là. Ceci se fait à l'époque où, dans les autres domaines du droit (la fiscalité, le droit social, les assurances, etc.) on se met à traiter de manière identique les couples mariés et les couples en union de fait. À la même époque, on abolit les différences de droit entre les enfants légitimes et illégitimes. On retire également du Code civil les dispositions qui limitaient aux seuls aliments les dons que peuvent se faire les personnes qui vivent en concubinage ; en pratique, les conjoints de fait obtiennent la liberté d'établir entre eux des conventions pour organiser leur vie commune comme ils l'entendent. La reconnaissance juridique de l'union de fait va plus loin : l'Assemblée nationale modifie la *Loi d'interprétation* pour décréter ce qui suit :

« Sont assimilés à des conjoints, à moins que le contexte ne s'y oppose, les conjoints de fait. Sont des conjoints de fait deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple, sans égard, sauf disposition contraire, à la durée de leur vie commune. Si, en l'absence de critère légal de reconnaissance de l'union de fait, une controverse survient relativement à l'existence de la communauté de vie, celle-ci est présumée dès lors que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d'un même enfant. »⁶⁷

⁶⁶ Mario PROVOST, « Le mariage et l'union libre au Québec. Quelle(s) politique(s) doit-on suivre à l'aube du XXI^e siècle? », dans Gilles PRONOVOST (dir.), *Comprendre la famille, Actes du 2^e symposium québécois de recherche sur la famille*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1994, p. 127, à la page 144.

⁶⁷ RLRQ, c. I-16, art. 61.1, al. 2.

Dans le contexte qui prévaut alors, le Code civil, la loi d'interprétation et le droit dans son ensemble se trouvent à créer *en creux* un véritable régime de vie commune basée sur l'indépendance économique des conjoints et la liberté contractuelle. Dans les circonstances, les couples qui auraient auparavant choisi de se marier en séparation de biens en connaissance de cause ont alors décidé de vivre en union de fait. En d'autres mots, et même si les juristes résistent généralement à l'admettre publiquement, dans le droit québécois d'aujourd'hui, le choix traditionnel entre le régime communautaire et le régime de séparation des biens a été remplacé par le choix entre le mariage et l'union de fait.

Pour bien comprendre la nature de l'union de fait dans le droit québécois, il faut s'arrêter sur le cœur de la définition que la *Loi d'interprétation* donne des conjoints de fait : les conjoints de fait sont ceux « qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple. ». L'union de fait du droit québécois n'est pas définie par la cohabitation, mais par l'intention partagée de former un couple. C'est, aussi exactement qu'il est possible de la retrouver vingt siècles plus tard et dans une autre langue, l'*affectio maritalis*, le fait de se considérer réciproquement comme époux, le consentement continu qui fait à lui seul le mariage du droit romain classique. L'union de fait du droit québécois est fondée sur le consentement continu de chacun des deux conjoints, elle se forme et se dissout sans formalité, elle est régie par la séparation des biens et la liberté contractuelle et elle ne crée aucune obligation qui survive à sa dissolution à part l'entretien des enfants communs. À toutes fins utiles, sauf le nom et la présomption de paternité, l'union de fait du droit québécois est le mariage romain redécouvert. La chose n'est pas surprenante. Le droit civil est profondément individualiste : il régit les relations entre personnes juridiques maîtres d'un patrimoine. Il suffit de faire disparaître l'indissolubilité et le contrôle judiciaire, qui viennent de la doctrine canonique du mariage, et la communauté, qui a vu le jour après que le mariage fut devenu indissoluble, pour retrouver le mariage romain. L'union de fait du droit québécois n'est pas une singularité, c'est le droit civil qui réapparaît lorsqu'on décape le droit canonique.

E. L'union de fait « à la québécoise » et le PACS

Le Code civil de français de 1804 permettait le divorce par consentement mutuel. Le divorce est aboli en 1816 sous la Restauration. Lorsqu'il

est rétabli en 1884, il ne peut être obtenu que pour cause déterminée au terme d'une procédure de type inquisitoire. Le divorce par consentement mutuel est rétabli en 1975. La question de l'écart entre les conditions de vie des ex-époux après le divorce devient une préoccupation. On s'interroge sur le fondement de l'obligation alimentaire entre époux divorcés et la manière de la remplacer. Le survol des solutions envisagées comprend même la « maintenance » (*sic*), apparemment comprise comme la constitution d'un capital⁶⁸ ; le juriste qui a fait cette proposition avait peut-être lu une loi anglaise sans lire Blackstone. Chose certaine, la communauté des juristes n'est pas certaine de ce qui fonde la pension alimentaire après le divorce. Le « fil d'indissolubilité » de la doctrine canonique, qui est bien ce qui fonde la *maintenance* dans le droit anglais contemporain, ne semble pas avoir convaincu. C'est cette incertitude, ou cette confusion, qu'examine Meyer pour arriver à la conclusion que le problème est insoluble en droit français. Sans la doctrine canonique qui l'a fait apparaître par le biais du *divortium a mensa et thoro* en rendant le mariage indissoluble, on a du à mal à retrouver un fondement à l'obligation alimentaire après le divorce et encore plus lorsque le divorce se fait par consentement mutuel. Les contorsions des juristes français pour réduire la compétence des tribunaux ecclésiastiques, spécialement celles de Pothier, rendent l'origine canonique difficile à percevoir sans, bien sûr, la remplacer par autre chose⁶⁹. Sans fondement pour le maintenir, on ne doit pas autrement s'étonner qu'en 2000, le divorce par consentement mutuel relève finalement les époux du devoir de secours mutuel. Cette libération introduit la prestation compensatoire, qu'un des époux peut être tenu de verser à l'autre, et qui est destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Il vaut la peine d'examiner l'article qui décrit ce dont le calcul de la prestation tient compte :

« La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible. À cet effet, le juge prend en considération notamment :

- la durée du mariage ;
- l'âge et l'état de santé des époux ;
- leur qualification et leur situation professionnelles ;

⁶⁸ J. CARBONNIER, préc., note 35, p. 1369.

⁶⁹ Christophe MEYER, *Le système doctrinal des aliments. Contribution à la théorie générale de l'obligation alimentaire légale*, Berne, Peter Lang, 2006, p. 585 et suiv.

- les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne;
- le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial;
- leurs droits existants et prévisibles;
- leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa.»⁷⁰

Le divorce par consentement mutuel libère les époux du devoir de secours et d'assistance, mais s'accompagne d'un transfert de ressources dont le but, tel qu'il est exprimé, est de s'assurer que les deux époux bénéficieront des mêmes conditions de vie jusqu'à la fin de leurs jours. Le jeu des régimes matrimoniaux et leur liquidation au moment du divorce n'avaient jamais eu un tel objectif; cet objectif était bien celui de la pension alimentaire. On ne voit pas ce qui fonde l'obligation alimentaire après le divorce par consentement mutuel, mais on met en place un mécanisme qui assure, au-delà du mariage, l'égalité de condition économique des époux qui n'ont plus aucun lien. Le « fil d'indissolubilité » se métamorphose, mais ne disparaît pas. Les époux prennent la condition économique de l'autre au mariage et la conservent la vie durant. Le mariage devient une institution dont la finalité, dans la loi, est d'assurer l'égalité des conditions économiques des époux pendant la vie commune et après. La situation française se rapproche de la situation québécoise. L'exposé que Carbonnier consacre à l'évolution de la politique législative sur le divorce de 1975 à 2000 se termine par la phrase suivante qui rappelle ce que Provost écrivait sur les conséquences de la « surcharge d'effets » que le mariage avait en droit québécois après qu'on y ait introduit le partage du patrimoine familial: « Rendre le divorce plus pénible peut être ainsi une façon de détourner du mariage et de rabattre les couples futurs vers l'union libre, voire le pacs »⁷¹.

La chose semble se réaliser. Le « pacte civil de solidarité » a été introduit dans le Code civil français en 1999 afin de permettre aux couples homosexuels de bénéficier des avantages fiscaux et sociaux qui étaient

⁷⁰ C. civ. fr., art. 271.

⁷¹ J. CARBONNIER, préc., note 35, p. 1370.

jusque-là aux couples mariés. Il n'a pas les effets civils du mariage, contrairement à l'union civile qui a été introduite dans le Code civil québécois en 2002 afin de permettre aux couples homosexuels de vivre comme s'ils étaient mariés.

Le PACS est décrit aux articles 515-1 à 515-7-1 du Code civil français. Il s'agit d'un contrat qui permet d'organiser la vie commune. Il se conclut par déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance; on y met fin par déclaration au tribunal lorsque la décision est conjointe ou le faisant signifier à l'autre et au tribunal lorsque la décision est unilatérale. Les «pacsés» s'engagent à la vie commune, à l'aide matérielle et à l'assistance réciproque. À moins qu'ils n'en conviennent autrement, l'aide matérielle est «proportionnelle à leurs facultés respectives». Ils sont solidaires des dettes contractées pour les besoins de la vie courante. Chacun conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Les partenaires peuvent choisir de «soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément», ces biens étant réputés indivis par moitié. En résumé, le PACS repose sur le consentement continu de chacun des conjoints qui vivent en demeurant chacun maître de ses biens sauf s'ils choisissent l'indivision. À la «dissolution» du PACS, on ajuste les comptes s'il y a lieu, mais on n'égalise pas les conditions et tout est terminé. En peu de mots, c'est un mariage romain réinventé, mâtiné d'indivision si les partenaires en ont envie.

Le PACS a été introduit dans le droit français en 1999. Le droit fiscal imposait alors un délai entre le moment de la conclusion du PACS et celui où les partenaires pouvaient bénéficier des avantages fiscaux autrement réservés aux époux. Ce délai a disparu en 2005. Le nombre des couples hétérosexuels qui vivent en PACS s'envole depuis ce moment. Les couples qui le choisissent se distinguaient de ceux qui se marient par l'importance plus grande qu'ils accordent à la religion et par l'importance plus grande qu'ils accordent à l'égalité entre les sexes⁷². Le Code civil français impose de se marier civilement avant de se marier religieusement; il semble que les nouveaux couples français qui ne veulent pas le mariage religieux commencent à éviter le mariage civil. On n'a pas à s'étonner. Transformer le mariage en une institution dont le seul but est d'égaliser les

⁷² Wilfried RAULT, Muriel LETRAIT et le GROUPE CSF, «Formes d'unions différentes, profils distincts? Une comparaison des pacsés.e.s en couple de sexe différent et des mariés.e.s», (2010) 3-1 *Sociologie* 319.

conditions économiques des époux pendant le mariage et après, pour le reste de leur vie, a eu le même effet en France qu'au Québec. Les couples qui veulent organiser leur vie commune du moment sans faire dépendre toute leur vie future d'un épisode de vie commune dont il est probable qu'il se termine avant la mort fuient ce qu'est devenu le mariage.



Dans la société romaine, l'inégalité des sexes allait de soi. Sauf circonstances exceptionnelles, la femme – même citoyenne, même membre d'une famille bien implantée dans l'ordre sénatorial – ne devenait jamais *sui iuris* et ne possédait jamais de personnalité juridique propre. Pendant le mariage, l'époux administrait les biens que l'épouse apportait en dot. Les enfants issus du mariage naissaient et demeuraient sous la *patria potestas* de leur père et appartenaient à sa famille aux fins civiles et aux fins du culte. Le mariage romain de l'époque classique du droit romain reposait sur l'égalité et l'indépendance, civiles et économiques, des familles des époux. En demeurant sous la puissance de son père et membre de sa famille, l'épouse demeurait civilement distincte de l'époux et ses biens, qui demeuraient ceux de son père, ne se fondaient pas dans ceux de l'époux. Chacun des deux époux pouvait mettre fin au mariage. Jusqu'aux réformes d'Auguste, les conséquences économiques du divorce étaient les mêmes peu importe les circonstances du divorce. Dans ce système, paradoxalement, demeurer sous la puissance de son père garantissait l'indépendance de l'épouse dans le mariage.

La société dans laquelle nous vivons est très différente de la société romaine de l'Antiquité : les différences sont si nombreuses qu'il serait absurde de simplement songer à les dresser. Il existe cependant un trait commun central pour notre propos : la Rome du droit romain classique ne connaissait pas la conception catholique du mariage ; aujourd'hui, elle ne peut plus servir de référence au législateur. Au Québec, comme en France, dans l'Amérique hispanophone et en Espagne même, le rejet de la conception catholique n'est pas le fait d'un acte volontaire ou révolutionnaire du législateur, mais celui de l'abandon généralisé de l'Église et de sa doctrine comme source de la morale commune⁷³.

⁷³ Benoît LAPLANTE, « The rise of cohabitation in Quebec: Power of religion and power over religion », (2006) 31-1 *Canadian Journal of Sociology* 1 ; Benoît LAPLANTE, Caia MILLER

Paradoxalement, dans presque tous les pays d'Occident, le droit séculier du mariage, tel qu'on le trouve dans les codes, les lois et les traités, repose encore largement sur les apports de la doctrine du droit canonique. Parallèlement, on redécouvre ou on réinvente un peu partout le mariage romain, mais il ne se somme nulle part « mariage », il n'apparaît pas toujours de manière explicite dans les codes et les lois. Au Québec, il est défini dans la *Loi d'interprétation*, une bonne partie de ses conséquences pratiques se trouvent dans le droit fiscal et dans le droit social, les règles qui gouvernent les relations entre les parents et leurs enfants se trouvent explicitement dans la Code civil et les règles qui gouvernent les relations économiques entre les conjoints sont essentiellement celles qui régissent les contrats en droit civil. Il n'y a rien d'étonnant à cela : les règles qui gouvernent les relations économiques entre les époux n'ont pas leur origine dans le droit romain, mais dans le droit canonique, et au-delà, dans la figure du mariage comme union indissoluble du Christ et de son Église. Retirer les apports du droit canonique fait retrouver l'essentiel de ce qu'était le mariage du droit romain classique : une manière d'organiser la vie commune de deux personnes libres.

L'union de fait du droit québécois n'est pas une singularité, mais un cas particulier de redécouverte du mariage romain, c'est-à-dire, plus prosaïquement, de redécouverte de la manière dont on organise la vie commune lorsqu'elle repose sur le consentement continu de chacun, qu'elle ne durera pas probablement toujours et qu'elle sera probablement suivi d'autres épisodes. Elle doit son apparente singularité au fait qu'elle s'est développée dans le contexte particulier du Québec, où la compétence sur le mariage est partagée entre deux niveaux de gouvernement dont l'un pratique le droit civil et l'autre pratique en théorie le bijuridisme, mais ne connaît en réalité que la doctrine anglaise du mariage, profondément pétrie de droit canonique. Le Québec a inventé sa propre forme de mariage à la romaine et la France a fait de même avec le PACS. La progression de l'union de fait en Espagne et, encore plus, dans les anciennes colonies espagnoles d'Amérique donne à croire que bien d'autres pays de droit civil et de tradition catholique pourraient être en train de faire de même.

et Paskall MALHERBE, « The evolution of beliefs and opinions on matters related to marriage and sexual behaviour of French-speaking Catholic Quebecers and English-speaking Protestant Ontarians », (2006) 33-2 *Canadian Studies in Population* 209.

