

L'union libre, le mariage romain et le mariage chrétien

Benoît Laplante

La famille, enjeu de société
Number 15, Fall 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1008148ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1008148ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)
INRS-UCS

ISSN
1708-6310 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Laplante, B. (2011). L'union libre, le mariage romain et le mariage chrétien. *Enfances, Familles, Générations*, (15), 110–130. <https://doi.org/10.7202/1008148ar>

Article abstract

In Quebec, civil union is a disposition that provides a legal framework for a conjugal relationship, the essential elements of which are implicit within the text of the Civil Code of Québec. The common-law Canadian provinces, on the other hand, cover this alternative to marriage explicitly, in laws directed at "domestic" or family relations. In France, the Civil Solidarity Pact and even concubinage are covered by the Civil Code. The Quebec approach is an original one. We will explain it by demonstrating that civil union, as it currently exists in Quebec law, is very similar to marriage as it was practised in Roman law in classical times. Our analysis leads us to suggest that Quebec has reinvented or rediscovered the Roman marriage of the classical epoch, via the civil union as practised in this province. It also allows us to suggest that the "Quebec-style civil union" offers a possibly more coherent structure than our current form of marriage.

L'union libre, le mariage romain et le mariage chrétien

Benoît Laplante

Laboratoire d'études de la population
Institut national de recherche scientifique
Centre Urbanisation Culture Société
benoit.laplante@ucs.inrs.ca

Résumé

Au Québec, l'union de fait est un dispositif juridique d'encadrement de la relation conjugale dont l'essentiel se trouve en creux dans le Code civil. Les provinces canadiennes de droit anglais encadrent explicitement la solution de rechange au mariage dans les lois qu'elles consacrent aux « relations domestiques » ou familiales. En France, le PACS et même le concubinage sont traités dans le Code civil. La situation québécoise est originale. Nous proposons de l'expliquer en montrant que l'union de fait, telle qu'elle existe aujourd'hui dans le droit québécois, est très proche du mariage tel qu'il existait dans le droit romain de l'époque classique. Cet examen nous permet de suggérer que le Québec a réinventé, ou redécouvert, le mariage romain de l'époque classique sous la forme de l'union de fait telle qu'elle s'y pratique. Il nous permet également de suggérer que l'« union de fait à la québécoise » est peut-être une construction plus cohérente que le mariage dans sa forme actuelle.

Mots clés : *Union de fait, union libre, mariage, mariage romain, droit matrimonial*

Abstract

In Quebec, civil union is a disposition that provides a legal framework for a conjugal relationship, the essential elements of which are implicit within the text of the Civil Code of Quebec. The common-law Canadian provinces, on the other hand, cover this alternative to marriage explicitly, in laws directed at "domestic" or family relations. In France, the Civil Solidarity Pact and even concubinage are covered by the Civil Code. The Quebec approach is an original one. We will explain it by demonstrating that civil union, as it currently exists in Quebec law, is very similar to marriage as it was practised in Roman law in classical times. Our analysis leads us to suggest that Quebec has reinvented or rediscovered the Roman marriage of the classical epoch, via the civil union as practised in this province. It also allows us to suggest that the "Quebec-style civil union" offers a possibly more coherent structure than our current form of marriage.

Keywords: *Civil union, common-law marriage, marriage, roman marriage, matrimonial right*

1. Introduction

Au Québec, le nombre annuel des mariages est passé de 53 967 en 1972 à 22 046 en 2009. Au recensement de 2006, 34 % des couples québécois, tous âges confondus, vivaient en union de fait. Ce chiffre cache la profondeur du changement : la majorité des hommes et des femmes de moins de 35 ans qui vivent en couple le font en union de fait. Depuis 1995, la majorité des enfants naissent hors mariage. En 2009, 63,4 % sont nés hors mariage ; cette proportion comprend 2,8 % d'enfants dont le père n'est pas déclaré ; on présume que 60,8 % des enfants québécois nés en 2009 ont des parents qui vivent en union de fait¹ (ISQ, 2010a, 2010b, 2007, 2010c).

Le Québec se distingue des autres provinces canadiennes par la proportion élevée des couples qui y vivent en union de fait. Il s'en distingue également par le fait que l'union de fait est très nettement séparée du mariage dans le droit, alors que les relations économiques entre époux et entre conjoints de fait sont traitées dans les mêmes lois et de manière parfois proche dans les autres provinces canadiennes². Le cas de l'Ontario fait exemple : les relations économiques entre les époux et entre les conjoints de fait, y compris après la rupture, sont régies par la Loi sur le droit de la famille (L.R.O. 1990, c. F.3 ; Kronby, 2010 : 30). Au Québec, les conjoints de fait forment un couple en droit social, mais règlent leurs relations économiques comme deux individus : leurs relations économiques sont soumises aux règles de droit générales qui régissent les rapports entre personnes, pas à celles que le Code civil destine aux gens mariés. Par contre, les rapports qu'ils ont avec leurs enfants sont régis par le Code civil exactement comme si leurs enfants étaient nés dans le mariage. La combinaison des règles qui régissent les rapports qu'ils ont entre eux et des règles qui régissent les rapports qu'ils ont avec leurs enfants, qui se trouvent toutes dans le Code civil, et la reconnaissance des unions des conjoints de fait par le droit social constituent l'essentiel du cadre juridique de l'union de fait « à la québécoise ». Dans cet article, nous posons que, malgré l'antithèse apparente, l'union de fait à la québécoise est une construction juridique cohérente et, cela admis, nous montrons comment elle s'apparente, sous certains aspects importants, au mariage tel qu'il existait dans le droit romain classique entre le II^e siècle av. J.-C. et le début du principat³, le plus important étant que le mariage romain était « libre » au sens où l'on parle aujourd'hui d'union libre : il pouvait être rompu en tout temps et sans formalité par la volonté des deux époux ou même d'un seul.

L'examen se fait en quatre temps. Nous présentons tout d'abord le mariage romain en nous concentrant sur les aspects les plus pertinents à la comparaison : la filiation et la parenté civile, la légitimité et la succession, les relations économiques entre les époux,

¹ Le droit québécois actuel utilise les expressions « union de fait » et « conjoint de fait » plutôt qu'« union libre » et « concubin ».

² La Loi constitutionnelle de 1867 (R-U, 30 & 31 Vict., c. 3) donne aux provinces canadiennes le pouvoir exclusif de légiférer sur « la propriété privée et les droits civils dans la province » ainsi que « généralement [sur] toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province ». La même loi réserve au parlement fédéral le pouvoir exclusif de légiférer sur le mariage et le divorce, et aux provinces celui de légiférer sur la célébration du mariage dans la province. La jurisprudence a établi que les relations économiques entre les époux pendant le mariage relèvent exclusivement du droit de chaque province, mais également du droit fédéral en cas de divorce. Les relations économiques entre les conjoints de fait relèvent entièrement du droit de chaque province.

³ C. I. Caesar est assassiné en 44 av. J.-C. Au terme d'une période troublée, C. Octavius Thurinus (Octave, plus tard Auguste) s'impose et se fait nommer *princeps senatus*, ou « premier du Sénat » en 28 av. J.-C. Sous ce titre, il met en place un système politique qui conserve les institutions de la république romaine, mais est en fait un système autocratique. Entre 18 et 9 av. J.-C, il fait adopter une série de lois qui restreignent la liberté du mariage et notamment celle du divorce.

son caractère privé, la nature, et finalement la formation et la rupture du lien. Nous présentons ensuite les circonstances dans lesquelles les tribunaux romains en sont venus à imposer le respect de l'obligation alimentaire entre parents et pourquoi cette obligation n'avait pas été étendue aux époux divorcés. Nous examinons ensuite les éléments de la doctrine chrétienne qui ont amené l'Église à rendre le mariage indissoluble, puis nous rappelons les principales étapes par lesquelles le législateur a progressivement transformé le mariage chrétien qui prévalait au Québec au moment de l'adoption du Code civil du Bas-Canada pour conduire à la forme actuelle du mariage. Cet examen nous permet de suggérer que l'union de fait telle qu'elle se pratique au Québec aujourd'hui est peut-être une construction plus cohérente que le mariage dans sa forme actuelle.

2 Le mariage romain

2.1 Famille et parenté civile

Dans le droit civil romain, seul le père de famille (*le paterfamilias*) jouit de la personnalité juridique et il est le seul à pouvoir être propriétaire. Le droit civil organise les relations entre les familles. Le *paterfamilias* exerce son autorité sur les membres de sa famille, c'est-à-dire sur ses descendants (ses fils, ses filles, les enfants de ses fils), sur les épouses de ses fils, sur ses esclaves et sur ses clients. Les relations entre les membres de la famille ne relèvent pas du droit civil, mais des mœurs (*mos maiorum*), les coutumes des ancêtres. Elles ne sont pas contrôlées par les tribunaux, mais par les censeurs. Le *paterfamilias* qui ne se conduit pas selon son rang (*l'ordo*, l'ordre, la classe sociale à laquelle il appartient ou prétend appartenir) peut être exclu de cet ordre et perdre les privilèges qui s'y rattachent par les censeurs au moment du *census*, le recensement romain (Nicolet, 1976 : 103 *sqq.*).

Les historiens distinguent généralement deux formes ou deux « états » du mariage romain : le mariage *cum manu* et le mariage *sine manu*. La première, la plus ancienne, aurait eu cours jusque vers le II^e siècle av. J.-C. Les historiens la nomment mariage *cum manu*, même si l'expression ne semble pas avoir été utilisée par les Romains eux-mêmes. Par le mariage, l'épouse quitte sa famille d'origine au sens du droit civil et au sens du droit religieux et devient membre de la famille de son époux : pour la succession *ab intestat*, c'est-à-dire sans testament, elle est traitée *in loco filiae mariti*, comme une fille de son époux (Girard, 2003 : 180) ; elle ne participe plus au culte des mânes et des pénates de sa famille d'origine, mais à celui de la famille de son époux.

Les historiens nomment la seconde forme mariage *sine manu* ; les Romains la nommaient plutôt mariage libre. Elle est courante dès le II^e siècle av. J.-C. Le mariage *cum manu*, « à l'ancienne » pourrait-on dire, était déjà une curiosité historique pour les Romains de l'époque classique, et c'est bien au mariage libre de l'époque classique que nous souhaitons comparer l'union de fait à la québécoise. Dans le mariage libre, l'épouse demeure membre de sa famille d'origine au sens du droit civil et au sens du droit religieux : elle demeure sous l'autorité de son père et continue à participer au culte domestique de sa famille d'origine. Dans le mariage libre ou *sine manu*, il n'existe aucun lien de parenté au sens du droit civil entre la femme mariée et son époux, ni entre la mère et ses enfants : la mère et les enfants appartiennent à des familles différentes (Girard, 2003 : 183). L'idée que la famille procède du mariage, autrement dit, la notion de famille conjugale, est une invention chrétienne qui n'apparaîtra que plus tard. Bien qu'il ne crée pas de lien de parenté civile, le lien matrimonial fait que la femme mariée « prend le rang social de son mari, en particulier, lorsqu'il fait partie de l'ordre sénatorial » (Girard, 2003 : 182 ; Treggiari, 1991a : 414 ; Monier, 1947 : 289) ; en règle générale, elle perd le rang de son époux au divorce (Grubbs, 2002 : 71 *sqq.*).

2.2 Légitimité et succession

Dans la société romaine, le mariage (ou plus exactement les justes noces, *iustae nuptiae*) a deux buts : le premier, qui relève du *ius civile*, est d'engendrer des enfants qui seront les héritiers légitimes de leur père ; le deuxième, qui relève du *mos maiorum* et des censeurs, est d'engendrer des citoyens de la République et plus tard de l'Empire. Seuls les enfants nés de parents mariés succèdent *ab intestat*. Même si la liberté de tester est entière en principe pour les hommes, les patrimoines doivent normalement être transmis aux enfants qui sont les héritiers légitimes.

2.3 Les relations économiques entre les époux

Le fils marié quitte la maison paternelle ; le couple vit habituellement dans sa propre maison (Thomas, 2005 : 91 *sqq.* ; Treggiari, 1991a : 410 *sqq.*). Dans le mariage *cum manu*, l'épouse n'est jamais propriétaire de quoi que ce soit, ni avant, ni pendant son mariage. Dans le mariage libre, elle ne peut pas non plus l'être en principe, mais le fait qu'elle demeure membre de la famille de son père transforme le mariage en une alliance à caractère patrimonial entre deux familles : il est en effet habituel que les familles des deux époux contribuent au patrimoine du ménage ; en règle générale, l'épouse apporte une dot fournie par sa famille. Pendant le mariage, l'époux est propriétaire de la dot ; il la conserve au décès de son épouse (Girard 2003 : 183), mais doit la rendre en cas de divorce (Gaudemet, 2009 : 59 ; Girard, 2003 : 182 ; Treggiari, 1991a : 365 *sq.* ; Ourliac et de Malafosse, 1968 : 223 *sqq.*). Il est entendu que les époux se doivent des aliments pendant le mariage, mais cette obligation relève des mœurs et des usages — donc des censeurs — et non du droit — donc pas des tribunaux. Les questions d'argent sont souvent réglées par contrat. Le droit interdit aux époux de se faire des dons et ne range pas le conjoint parmi les héritiers. En pratique, les relations économiques entre les époux semblent varier de manière importante d'un ménage à l'autre (Crook, 1990) ; Ourliac et de Malafosse (1968 : 234 *sqq.*) recensent divers passages du *Corpus iuris civilis*, et notamment des Pandectes, qui font état de pratiques ou de conventions entre époux qui leur permettent de gérer tout ou partie de leurs biens en commun alors que le droit leur impose en principe la séparation. Les obligations qui existent entre conjoints en vertu du droit sont élémentaires et visent à régler les rapports entre individus et non à organiser une société conjugale (Ourliac et de Malafosse, 1968 : 220). L'usufruit apparaît dans ce contexte comme moyen de subvenir aux besoins de la veuve tout en conservant le patrimoine de l'époux dans sa famille (Iglesias Santos, 2004 : 213) : l'épouse bénéficie du produit du patrimoine de son époux après la mort de celui-ci, leurs enfants en conservent la nue-propriété jusqu'à la mort de leur mère et en prennent complètement possession à ce moment. À partir d'une certaine époque, les époux peuvent également se faire des legs par testament⁴. Le mariage est une forme d'alliance patrimoniale entre deux familles : le choix du conjoint se discute entre l'enfant, ses parents et le *paterfamilias* le cas échéant, mais d'autres proches, amis ou parents, peuvent y participer (Treggiari, 1991a : 125 *sqq.*).

2.4 Le caractère privé du mariage

Le mariage est toujours une affaire purement privée. Le mariage *sine manu* — mariage libre ou, mariage simple comme dans la citation qui suit — peut même être vu comme une affaire extrajuridique :

⁴ *Stricto sensu*, l'héritier est celui qui hérite en vertu des règles de la succession *ab intestat*. Au sens strict, le légataire n'est pas un héritier.

«Les effets du mariage varient grandement suivant qu'il y a ou non *manus*. La *conventio in manum* est un phénomène juridique générateur d'un système complet de conséquences juridiques où l'enfant est lié à la mère et au père en même temps qu'ils sont liés entre eux ; le mariage simple est un fait extrajuridique auquel on a transporté une fraction des effets de la *conventio in manu* : ceux relatifs aux rapports du père et de l'enfant. On a décidé un jour que ces unions, qui jusqu'alors étaient forcément des sortes de concubinats, reliaient les enfants au père et par là elles sont devenues des mariages. Les rapports du père et de l'enfant sont désormais régis par les mêmes règles dans les deux unions. Mais leur diversité de nature reste marquée dans l'opposition des règles relatives aux rapports des époux et aux rapports de la mère avec l'enfant.» (Girard, 2003 : 180)

Ellul (2011 : 353) rappelle que le mariage *sine manu* existait au moment où le droit romain a été écrit dans les Lois des XII tables et qu'on le connaissait donc dès le milieu du V^e siècle av. J.-C. Le mariage *sine manu* avait donc cessé très tôt d'être assimilé à un concubinat, s'il l'a même jamais été. L'interprétation de P. F. Girard est donc peut-être un peu extrême, mais attire néanmoins l'attention sur la nature de la parenté civile du droit romain et le lien étroit qu'elle entretient avec la puissance paternelle.

2.5 La nature du lien, la formation et la rupture de l'union

Le mariage libre repose entièrement sur l' *affectio maritalis* (se considérer réciproquement comme époux), c'est-à-dire le consentement continu des époux ; il doit pouvoir être rompu : le contrat qui interdit le divorce ou qui prévoit une compensation en cas de divorce est nul (Grubbs, 2002 : 82, 188 ; Ourliac et de Malafosse, 1968 : 166 sq.). Le mariage se fait sans aucune formalité. Le début de la vie commune est habituellement accompagné de rites religieux et d'une fête, souvent d'un contrat, mais seule la volonté de vivre ensemble comme mari et femme fait le mariage (Veyne, 1999 : 43 sqq. ; Treggiari, 1991b : 31-33). Le mariage se dissout également sans formalité judiciaire, par répudiation (*repudium*) lorsqu'un des deux époux décide seul de la rupture ou par divorce (*divortium*) lorsque les deux époux cessent de vouloir vivre ensemble (Gaudemet, 2009 : 341 sqq. ; Ourliac et de Malafosse, 1968 : 176). Les enfants nés de parents mariés appartiennent toujours à la famille du père aux fins du droit et du culte après la dissolution. Les deux familles doivent participer à l'entretien des enfants après la rupture ; le droit prévoit que l'époux peut conserver une partie de la dot à cette fin. Le droit romain ne régit pas la garde physique et les droits de visite ; ces questions semblent avoir toujours été absolument privées et entièrement laissées au soin des familles. L'obligation alimentaire entre les époux ne survit pas au mariage.

Le mariage se transforme pendant le Bas-Empire. La parenté civile est progressivement et partiellement remplacée par la parenté du sang. Le divorce devient plus difficile, d'abord parce que l'État veut restaurer la morale traditionnelle que les censeurs ne parviennent plus à imposer, puis est interdit lorsque l'Empire devient chrétien. Les relations économiques entre les conjoints semblent se transformer : on voit apparaître des cas de gestion communautaire des avoirs. Gaudemet (2009 : 195 sqq.) y voit presque un troisième état ou une troisième forme du mariage. Il est peut-être plus exact d'y voir le début de ce qui deviendra le mariage chrétien.

3. L'obligation alimentaire. Des mœurs au droit

Avant l'Empire, le droit romain traite peu des relations entre les membres de la même famille. Les choses changent sous l'Empire. Le livre 25 des Pandectes — les *Digesta*, un des recueils qui forment le *Corpus iuris civilis* — contient un texte assez long sur le droit de l'obligation alimentaire tel qu'il s'est développé sous l'Empire (Dig. 25.3.5). Ce texte traite de l'obligation réciproque entre le père et ses enfants, entre la mère naturelle et ses enfants ainsi que de l'obligation de l'affranchi envers son ancien maître. Il traite également de l'obligation réciproque entre grands-parents et petits-enfants, qui pourrait être moindre que l'obligation entre parents et enfants, mais il ne traite pas de l'obligation entre époux. Cette absence s'explique de toute évidence par le fait que, dans le droit romain de l'époque, le mariage ne crée pas de lien de parenté civile entre les époux qui demeurent juridiquement absolument indépendants (Ourliac et de Malafosse, 1968 : 219). La chose se comprend dans un contexte où le lien de filiation dure de la naissance à la mort, alors que le mariage est facilement rompu par le divorce ou la mort et le remariage très fréquent.

Le texte des Pandectes énumère les individus entre lesquels existe l'obligation alimentaire, justifie l'existence de cette obligation, décrit la procédure par laquelle le tribunal entend ces causes et précise les sources légales de ces dispositions. L'obligation est justifiée par l'équité et par l'amour, l'affection ou la tendresse qui *doit* exister entre les individus qui sont liés par le sang (*cum ex æquitate hæc res descendat, caritateque sanguinis*) et par le respect (*obsequium*) que *doit* avoir l'affranchi pour l'ancien maître qui l'a libéré ; l'obligation existe en raison de la nature (*ratione naturali*) et il s'agit d'un « devoir d'affection » ou, plus littéralement, d'un « devoir de piété domestique » (*ex officio pietatis*). La demande est entendue par les consuls. Les dispositions sont tirées d'un ouvrage du jurisconsulte Ulpian, *Domitius Ulpianus*, qui traite des fonctions du consul ainsi que d'ordonnances et de rescrits des empereurs païens Antonin le Pieux — qui doit son surnom à la piété filiale qu'il manifestait envers son père — et Marc-Aurèle — fils adoptif du précédent et connu pour ses écrits d'inspiration stoïcienne.

Meyer (2006 : 503-505, 517 *sqq.*) résume la recherche qui s'est faite sur l'apparition de l'obligation alimentaire dans le droit romain. La question a attiré l'attention des chercheurs parce qu'elle montre un cas où le droit et un tribunal traitent des relations entre les membres de la famille alors que ces relations échappent en principe au droit civil. Certains chercheurs ont expliqué cette nouveauté par la sensibilisation du législateur aux idées stoïciennes, qui accordent une place importante au caractère rationnel de la nature et à l'idée que la morale et le droit selon la nature peuvent se déduire rationnellement. D'autres chercheurs ont repoussé cette interprétation en mettant en doute l'ancienneté de ces dispositions ; elles seraient principalement l'œuvre des compilateurs des Pandectes qui ont agi à la demande de Justinien, empereur chrétien, et qui auraient cédé autant à l'influence des idées chrétiennes qu'à celle des idées stoïciennes.

Une interprétation plus large, basée notamment sur les travaux de Declareuil (1911 : 43, 351, 368) et de Sayag (1969 : 77 *sqq.*), y voit un processus qui a transformé une sanction morale en sanction juridique dans le contexte économique du II^e siècle apr. J.-C. À l'origine, l'abus dans l'exercice de la *patria potestas* — par exemple, le refus d'aliments aux membres de la famille — n'était pas sanctionné par les tribunaux en vertu du droit, mais par les censeurs, dont la fonction est publique et ne relève pas du droit civil, en vertu des usages ou des mœurs plutôt que du droit. L'intervention des consuls et les règles qu'ils utilisent pourraient être nées de la pratique et auraient

commencé à être consacrées par la loi sous Antonin le Pieux et Marc Aurèle, vers le milieu du II^e siècle apr. J.-C.

L'obligation alimentaire au sens où elle existe encore aujourd'hui serait née dans le conflit entre deux ordres normatifs du droit romain, le droit privé, interne à la famille, et le droit public, qui relève de l'État. Elle serait apparue au moment où l'État romain se retrouvait appauvri, plusieurs siècles après avoir été amené à nourrir les masses urbaines qui s'étaient développées après la transformation économique qui s'était amorcée après les conquêtes entreprises au IV^e siècle av. J.-C. Ces conquêtes avaient permis le développement des grands domaines privés qui utilisaient des esclaves plutôt que des fermiers libres de même que la possibilité d'approvisionner Rome à faible coût à partir des provinces. Les descendants des anciens petits propriétaires appauvris de même que les esclaves affranchis et leurs descendants vivaient en ville, dans la plupart des cas sans véritable source de revenu. La subsistance d'une fraction importante de la population libre retombait alors sur les plus riches, individuellement et directement par le clientélisme ainsi que collectivement et indirectement par l'État. À partir du II^e s. av. J.-C., il est devenu habituel que l'État subvienne aux besoins de la plèbe notamment par la vente de blé à prix réduit à partir de 123 av. J.-C., et par la distribution gratuite de blé à partir de 58 av. J.-C. En 46 av. J.-C., 320 000 personnes étaient inscrites à l'assistance alimentaire à Rome. Ce système s'est répandu sous l'Empire. En dehors de Rome, il relevait des municipes, c.-à-d. des villes, dont les finances se sont dégradées au II^e siècle apr. J.-C. :

«À cette époque, les empereurs auraient cherché à contraindre les chefs de famille à pourvoir à la nourriture et à l'entretien des membres de leur famille. L'État romain, qui assurait la subsistance de toute une population besogneuse, aurait trouvé par cette institution juridique d'un pouvoir domestique le moyen de se substituer toute une série de débiteurs de droit privé dans son devoir évergétique de nourrir ses citoyens.» (Meyer, 2006 : 503)

Au II^e siècle apr. J.-C., le recours au droit naturel — une idée stoïcienne présente dans la théorie romaine du droit au moins depuis le *Traité des lois* de Cicéron (cf. 1.44 *sqq.*) — aurait été un moyen commode de fonder une règle et une procédure de droit privé motivées par l'intérêt public plutôt qu'un moteur de l'évolution autonome du droit. L'opération se comprend mieux lorsqu'on sait que les Pandectes s'ouvrent par un exposé sur les parties du droit qui distingue le droit public et le droit privé où l'on précise que « Le droit privé a trois parties ; il tire sa source des préceptes du droit naturel, du droit des gens et du droit civil. » (Dig. 1.1.1.2) — ce qui permet à Thomas (1988 : 34) d'observer que le droit public est placé hors de portée du droit des gens et du droit naturel et est donc est affranchi de leurs contraintes. Suit la définition du droit naturel (*ius naturale*) et du droit des gens (*ius gentium*).

3. Le droit naturel est celui que la nature inspire à tous les animaux. Ce droit n'appartient pas seulement aux hommes, il convient aussi à toutes les brutes qui vivent sur la terre et dans les eaux : il appartient de même aux oiseaux. De ce droit descend l'union du mâle et de la femelle, que nous appelons mariage, la procréation des enfans et leur éducation. En effet, tous les animaux, même les bêtes féroces, paroissent reconnoître ce droit.

4. Le droit des gens est celui dont se servent les hommes : il diffère du droit naturel en ce que celui-ci est propre à tous les animaux ; celui-là n'a lieu qu'entre les hommes. (Dig. 1.1.1.3-4)

Cette conception du droit naturel et le fait que le mariage et la procréation en soient les premières manifestations ont servi à fonder l'obligation alimentaire des parents aux enfants et ensuite, des enfants aux parents. Dans le droit romain, l'obligation alimentaire entre époux semble bien être demeurée une affaire purement privée et elle n'a jamais survécu au mariage qui pouvait être rompu par l'un ou l'autre des époux.

4. Le mariage chrétien

4.1 Le lien surnaturel et indissoluble

Selon Gaudemet (1987 : 43-47), les fondements scripturaires de la doctrine chrétienne sur le mariage sont peu nombreux : deux passages de la Genèse, les versets des évangiles synoptiques qui rapportent la parole du Christ qui interdit le divorce et quelques passages des épîtres de Paul. La doctrine tire des passages de la Genèse (1 28 ; 2 21-24) que le mariage est monogame ; elle tire des versets des évangiles (Matthieu 5 31-32 ; 19 1-9 ; Marc 10 1-12 ; Luc 16 18) et de deux passages de Paul (1 Corinthiens 7 10-11 ; Éphésiens 5 21-33) qu'il est indissoluble. Elle tire d'autres passages des épîtres de Paul qu'il est un remède à la concupiscence et que chaque époux a le droit d'user du corps de l'autre ; elle en tire également que la virginité, la chasteté et le célibat sont supérieurs au mariage. La doctrine retient aussi de ces passages de la Genèse, des évangiles et des écrits de Paul des notions d'une nature tout à fait différente. Elle tire de la Genèse que les époux ne font qu'une seule chair, idée reprise dans l'évangile de Matthieu et dans l'épître aux Éphésiens :

«Alors Yahvé Dieu fit tomber une torpeur sur l'homme, qui s'endormit. Il prit une de ses côtes et referma la chair à sa place. Puis, de la côte qu'il avait tirée de l'homme, Yahvé Dieu façonna une femme et l'amena à l'homme. Alors celui-ci s'écria : « Pour le coup, c'est l'os de mes os et la chair de ma chair ! Celle-ci sera appelée 'femme', car elle fut tirée de l'homme, celle-ci ! » C'est pourquoi l'homme quitte son père et sa mère et s'attache à sa femme, et ils deviennent une seule chair.» (Genèse 2 21-24)

Elle tire également ce qui suit du passage de l'épître aux Éphésiens qui s'appuie sur ce passage de la Genèse :

«L'épître vient de comparer l'union des époux à celle du Christ avec son Église (5, 25-30). Le mariage symbolise cette union. Puis vient, comme en conclusion, la phrase fondamentale : « Ce mystère [*mysterion*, en grec ; *sacramentum*, en latin] est grand » (5, 32). [...] Le mystère de l'union conjugale est vu comme le symbole du mystère de l'union du Christ avec son Église.» (Gaudemet, 1987 : 48).

Ce passage conduira l'Église à faire du mariage un sacrement et à rapprocher l'indissolubilité du mariage de l'éternité de l'union du Christ et de son Église. L'indissolubilité est l'innovation la plus radicale de la doctrine chrétienne du mariage : on ne la trouve ni dans le droit romain ni dans la loi mosaïque⁵.

Le passage de la Genèse sur les époux qui ne font qu'une seule chair est une métaphore ; celui de Paul sur le mystère du mariage repose sur une allégorie — ou est

⁵ On nomme « loi mosaïque », l'ensemble des préceptes qui se trouvent dans ce que les juifs nomment la Torah et les chrétiens, le Pentateuque, c.-à-d. les cinq premiers livres de l'Ancien Testament. La loi juive comprend la loi mosaïque, mais aussi, et peut-être surtout, la tradition consignée dans la Mishna et les Talmud.

peut-être une « figure », si on veut suivre Auerbach (2003). Cette métaphore et cette allégorie serviront de prémisse à des raisonnements théologiques, mais aussi à des raisonnements juridiques dont on tirera des conséquences pratiques, comme si elles étaient des réalités.

4.2 Le consentement et les empêchements

Le droit de l'Église retient la définition du mariage donnée par le jurisconsulte Modestin vers 240 et qui figure en tête du chapitre des Pandectes consacré au « rite nuptial » : « *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae* », c'est-à-dire « L'union de l'homme et de la femme, établissant une communauté de vie entre eux » (Gaudemet, 1987 : 165 ; Ourliac et Gazzaniga, 1985 : 285).

Il accorde une place très importante aux conditions de fond du mariage et spécialement aux empêchements de mariage. L'indissolubilité force à revoir certains des éléments du droit romain. Il reprend certaines incapacités du droit romain (l'âge et le fait d'être déjà marié), en élabore une autre à partir de la théorie des contrats (le vice de consentement, développement nécessaire puisque le consentement engage pour la vie), ajoute l'impuissance (motif de divorce en droit romain qui devient cause de nullité), et en ajoute d'autres qui lui sont propres (la différence de religion, le vœu de chasteté et l'engagement dans les ordres). Il traite de manière très élaborée les empêchements qui tiennent à l'existence d'une relation entre les conjoints antérieure au mariage : la parenté, l'alliance, l'adultère, mais aussi la parenté avec une personne avec laquelle on aurait déjà été fiancé. Sa conception de la parenté est très large : elle comprend la parenté qui résulte des liens du sang et la parenté légale créée par l'adoption, mais également la « parenté spirituelle » qui se crée entre les personnes qui participent aux sacrements du baptême et de la confirmation. Le droit romain interdisait le mariage entre personnes apparentées jusqu'au troisième degré ; le droit canonique interdit le mariage entre personnes liées par le sang jusqu'au sixième et compte les degrés à la manière germanique plutôt que romaine : le mariage est nul entre personnes liées par le sang jusqu'au douzième degré selon le calcul romain⁶. Le mariage est nul entre le parrain et la filleule ou la marraine et le filleul, mais également entre le parrain (*compater*, « compère ») et la marraine (*commater*, « commère ») du même baptisé ou du même confirmé (Esmein, 1891a : 203-334 ; 335-402 ; Dauvillier, 1933 : 143-200).

4.3 La formation du lien

La doctrine canonique sur la formation du lien est composite. Le droit de l'Église retient des Écritures que le mariage est indissoluble et qu'il est un sacrement. Il retient du droit romain que le consentement des époux crée le lien. Il retient des lois de certains des peuples barbares qui se sont installés dans l'Empire romain et qui se sont convertis que la relation sexuelle contribue à la formation du lien. La combinaison de ces principes conduit à la règle suivante, élaborée par les « décrétistes » : le consentement mutuel à se prendre pour époux, exprimé une fois — même en privé et sans témoin, même sans l'accord des parents — et suivi d'une relation sexuelle, engage les époux jusqu'à la mort (Gaudemet, 1987 : 176 sq.).

⁶ En droit romain, le degré de parenté dépend du nombre des liens d'engendrement qui séparent deux personnes en passant par leur ancêtre commun : le cousin d'*ego* est son parent au quatrième degré. Le droit canonique reprend une règle qu'on croit d'origine germanique dans laquelle le degré de parenté dépend du nombre de générations qui séparent deux personnes en passant par le couple d'ancêtres qu'ils ont en commun : le cousin d'*ego* est son parent au deuxième degré.

La doctrine classique demande que le mariage soit célébré par le prêtre devant l'église, mais omettre de le faire n'entraîne pas la nullité. Le concile de Trente « aménage » la règle en 1563 : l'échange des consentements demeure ce qui crée le lien et les époux demeurent les « ministres du sacrement », mais l'acte n'est valide que s'il est constaté par un prêtre et deux autres témoins, et il doit normalement être porté au registre de la paroisse. Jusqu'au concile de Trente, le prêtre accompagne le mariage catholique à peu près comme le rite religieux accompagnait le mariage romain ; après le concile de Trente, il joue, pour l'Église, un rôle analogue à celui que tient aujourd'hui l'officier de l'état civil pour l'État.

Le droit canonique se concentre sur la formation du lien, les empêchements de mariage et la dissolution du lien (cf. Dauvillier, 1933). Il traite cependant d'autres matières, notamment les effets du mariage sur les personnes. Ses dispositions visent à établir l'égalité entre les époux « dans la mesure du possible » et à assurer le maintien de la vie commune et l'accomplissement du devoir conjugal y compris par voie de justice. Ses dispositions sur les enfants visent à distinguer les enfants légitimes des enfants illégitimes (Esmein, 1891a : 91 ; 1891b : 3-29, 29-44).

4.4 La dissolution du lien

Le droit canonique ne permet pas de dissoudre le mariage autrement que par la mort. Il admet cependant que dans des causes déterminées, les époux puissent être relevés, par un tribunal, de l'obligation de faire vie commune. Les causes doivent être graves : l'adultère de l'un ou l'autre époux, l'apostasie ou l'hérésie de l'un des époux ainsi que les sévices graves commis par un époux contre l'autre (Esmein 1891b : 90 *sqq.*).

L'indissolubilité du mariage rompait avec le droit romain classique qui admettait le divorce et la répudiation. La rupture a créé une difficulté de vocabulaire qui ne s'est résolue qu'assez tardivement :

«Le divorce proprement dit était éliminé du droit canonique occidental, mais le terme *divortium* y resta [et il] n'aura plus son sens ancien et traditionnel. Il désignera deux choses très différentes. Tantôt il désignera le jugement rendu sur une action en nullité de mariage, prononçant qu'il n'existe aucun lien conjugal entre deux personnes unies en fait ; tantôt il répondra à une institution nouvelle, l'ancien divorce pour cause d'adultère, transformé et limité dans ses effets, *divortium quoad torum et mensam*. On peut être étonné de voir deux institutions aussi distinctes confondues sous une même dénomination. Cela vient de ce que, [...] pendant longtemps, on ne les distingua pas nettement l'une de l'autre au point de vue juridique, pas plus qu'on ne les distinguait nettement l'une et l'autre du divorce proprement dit, quand il existait encore. On réunissait sous l'appellation *divortium* tous les cas où deux personnes, ayant vécu comme mari et femme, étaient séparées par un jugement de l'Église les autorisant à cesser, ou leur défendant de continuer la vie commune : l'état de fait étant toujours le même, on ne se demandait pas si l'état de droit était identique.» (Esmein, 1891b : 85 *sq.*)

Le *divortium quoad torum et mensam*, littéralement le « divorce jusqu'à la couche et à la table », autrement dit la séparation de corps, libère les époux du devoir conjugal ainsi que « de l'obligation de cohabitation et des obligations secondaires qui dérivent de celle-ci » ; il laisse subsister l'obligation alimentaire (Esmein, 1891b : 95-86). « L'ancien divorce pour cause d'adultère » du droit romain tardif dont il procède est celui qu'avait introduit la Loi julienne sur la répression de l'adultère.

5. Le mariage dans le Québec d'aujourd'hui

L'histoire du droit de la famille au Québec reste à faire : on ne trouve pas de monographie sur la question. La première tâche de l'historien qui s'y attaquera sera probablement d'étudier comment l'idée même du droit de la famille est apparue au Québec et plus spécialement dans le Code civil : jusqu'à une époque toute récente, le droit civil traitait du mariage, de la puissance du mari, de la puissance paternelle, des régimes matrimoniaux et des successions, mais pas de la famille à proprement parler.

Sur les matières traditionnelles, le Code civil du Bas-Canada reprend, pour l'essentiel, les dispositions de la Coutume de Paris et du Code civil français dans son état du milieu du XIX^e siècle — c'est-à-dire en réservant la célébration du mariage aux « ministres du culte des différentes dénominations [*sic*] religieuses, lesquels sont officiers civils pour ces fins » (cf. Commissaires, 1865 : 180) et sans le divorce (cf. Commissaires, 1865 : 188) qui n'existait plus en France depuis un demi-siècle — et les dispositions propres au droit civil du Québec, notamment la liberté illimitée de tester introduite par étapes entre 1774 et 1801 (Kolish, 1994 : 201 *sqq.* ; Lefebvre de Bellefeuille, 1866 : xix *sqq.*).

Le mariage ne pouvait se dissoudre que par la mort d'un des conjoints. Les époux devaient faire vie commune, le mari devant recevoir sa femme et lui fournir le nécessaire et la femme devant suivre son époux. Le régime matrimonial légal était la communauté de biens, mais de nombreux couples choisissaient le régime de la séparation des biens ; même en séparation de biens, le mari administrait les biens de la femme pendant le mariage. En l'absence de testament, la succession allait aux parents — descendants, ascendants ou collatéraux — le conjoint n'héritant que dans des cas exceptionnels : à cette époque, la succession avait encore pour but d'assurer la transmission du patrimoine d'une génération à l'autre et pas d'assurer les conditions de vie du conjoint survivant ; cette fonction était plutôt dévolue au partage de la communauté au moment de sa dissolution par le décès ainsi qu'au douaire de la femme (cf. Morin, 2009 : 72-79). En principe, un résident du Québec pouvait obtenir le divorce en faisant adopter un projet de loi d'intérêt particulier par le parlement fédéral, mais cette voie était coûteuse et peu utilisée. La séparation de corps ne pouvait être demandée que pour cause déterminée ; elle ne pouvait pas être fondée sur le consentement mutuel des époux (C.c.B.C. art. 186). Le tribunal pouvait refuser la demande de séparation et ordonner aux époux de reprendre la vie commune. Il ordonnait également aux époux séparés de fait de reprendre la cohabitation lorsque l'un des deux le demandait. À l'appui de l'article 186, les commissaires chargés de la codification des lois du Bas-Canada renvoient à un passage du juriste français Eustache-Nicolas Pigeau — cité dans de Lorimier et Vilbon (1873 : 220) — qui, lu aujourd'hui, fait percevoir le renversement complet des règles qui régissent, en pratique, les circonstances dans lesquelles la vie commune est aujourd'hui rompue aussi bien par les époux que par les conjoints de fait :

Lorsque les époux ne s'accordent pas et conviennent de se séparer, la justice ne les en empêche pas, elle ne peut désapprouver qu'ils obviennent, par là, aux chagrins qu'ils pourraient se causer respectivement et aux effets qui pourraient résulter de leur mésintelligence ; on ne peut même que les louer de ce que, par leur séparation, ils cherchent à amortir, le feu de la discorde, mais cette séparation n'a aucun effet civil : elle ne change rien à la communauté ni au régime des biens de la femme, sur lesquels le mari conserve toujours son autorité, à la différence de la séparation ordonnée en justice, où l'on dissout cette communauté, et remet ce régime entre les mains de la femme. Il y a plus, cette séparation volontaire ne subsiste qu'autant que les deux époux le veulent bien : si un seul réclame contre et redemande la cohabitation, la justice l'ordonne malgré l'autre. Il importe à l'ordre public, à cause des enfants nés ou qui

peuvent naître du mariage, et de la dignité du lien qui unit les époux, qu'il ne puisse être dissous à la volonté des parties, et que la justice seule puisse en suspendre les effets, parce qu'alors elle ne le fait que dans les cas de nécessité.

La transformation du mariage a été progressive. Le Parlement du Québec modifie le Code tout au long du XX^e siècle pour l'adapter aux transformations de la société. Les premières modifications portent surtout sur la condition de la femme mariée : à terme, le Code assurera l'égalité juridique des sexes dans le mariage. L'épouse obtient la capacité de faire certains contrats en 1904 (Loi amendant l'article 1301 du Code civil, relativement à la capacité de la femme mariée de faire certains contrats, S.Q. 1904, c. 42). Le conjoint survivant partage la succession avec les héritiers en 1915 (Loi amendant le Code civil relativement aux successions, S.Q. 1915, c. 74) ; le mariage n'est plus d'abord et avant tout l'instrument qui permettait de transmettre le patrimoine à la génération suivante. En 1931, la femme mariée obtient la libre gestion de son salaire et des biens qu'elle a acquis avec celui-ci, peu importe son régime matrimonial (Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme, S.Q. 1930-1931, c. 101). En 1954, elle obtient le droit d'obtenir la séparation de corps aux mêmes conditions que l'époux ; elle n'a plus à faire la preuve que son mari entretient sa concubine au domicile conjugal. La même année, elle n'est plus considérée comme une incapable au sens juridique (Loi modifiant le Code civil, S.Q. 1954-1955, c. 48) (cf. Groupe de la coopération internationale, GCI : 2-3). En 1964, la Loi sur la capacité juridique de la femme mariée « [établit] l'égalité entre les époux dans la direction de la famille, [oblige] le mari à fournir à son épouse le nécessaire pour les besoins de la vie, [crée] le mandat de représentation entre conjoints, [institue] la pleine capacité de la femme mariée sauf les restrictions résultant du régime matrimonial, et [abolit] le devoir d'obéissance de la femme à son mari. » (GCI : 4).

Le gouvernement du Québec fait adopter la Loi concernant la révision du Code civil (S.Q. 1954-1955, c. 48) en 1955, mais l'Office de révision du Code civil n'est constitué qu'en 1965. L'ORCC déposera son rapport sur la famille en 1975. Néanmoins, des changements considérables ont lieu entre ces deux dates. En 1968, le Code est modifié afin de permettre la célébration civile du mariage (Loi concernant le mariage civil, S.Q. 1968, c. 82). En 1969, on le modifie à nouveau par la Loi concernant les régimes matrimoniaux (L.Q. 1969, c. 77) afin de remplacer le régime matrimonial de droit commun — jusque-là, la communauté de biens dite « légale » — par la société d'acquêts, de permettre aux époux de modifier leur régime ou leur contrat de mariage pendant le mariage et d'éliminer certaines inégalités entre époux qui subsistaient : l'épouse n'a plus à obtenir l'autorisation de l'époux pour accepter une succession, une donation entre vifs ou la charge d'exécuteur testamentaire (GCI : 5).

Paradoxalement, au cours de ces deux années, les changements législatifs les plus importants pour l'évolution de la conjugalité sont le fait du parlement fédéral. En 1968, il adopte la Loi sur le divorce (S.C. 1967-1968, c. 24) qui permet pour la première fois aux résidents du Québec d'obtenir le divorce par la voie des tribunaux ; jusque-là, ils ne pouvaient divorcer qu'en faisant adopter une loi d'intérêt privé par le parlement fédéral lui-même. Le parlement adopte également la Loi modifiant le droit pénal (S.C. 1968-1969, c. 38) qui permet l'avortement thérapeutique dans certains cas et dépenalise la contraception, la sodomie et les relations homosexuelles.

En 1970, la Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels (L.Q. 1970, c. 62) reconnaît certains droits à l'enfant naturel. En 1977, la Loi modifiant le Code civil (L.Q. 1977, c. 72) remplace la puissance paternelle par l'autorité parentale (GCI : 5).

Plutôt que de poursuivre la révision du droit civil en modifiant le Code civil du Bas-Canada, le parlement du Québec choisit de le remplacer par ce qui deviendra le Code

civil du Québec. Il ne paraît pas pratique d'opérer le remplacement en une seule fois ; l'ancien code sera abrogé par parties et le nouveau, adopté de la même manière. L'ORCC dépose son rapport sur le droit de la famille en 1975. Pour sa plus grande partie, ce rapport adopte la forme du projet de loi ; le livre du Code civil sur le droit de la famille est cependant très différent de ce que le Comité du droit des personnes et de la famille de l'ORCC avait proposé.

En 1968, le Parlement du Québec avait modifié le Code civil du Bas-Canada pour permettre la célébration civile du mariage par le protonotaire de la Cour supérieure. En 2002, l'Assemblée nationale modifie le Code civil pour accorder à d'autres personnes, et même aux simples particuliers, le pouvoir de célébrer le mariage.

Les modifications apportées, au cours du XX^e siècle, aux parties du droit civil du Québec qui touchent à la condition de la femme mariée se comprennent sans trop de mal : le droit civil s'est transformé plus ou moins au rythme de la société qui n'acceptait plus que la différence de sexe fonde la différence des droits, dans le mariage et dans la famille comme dans la vie politique. On peut dire la même chose de la transformation des parties du Code criminel qui traitent des mœurs : elle a suivi à peu près la transformation de la société qui reconnaît aujourd'hui aux personnes le droit de vivre leur vie sexuelle et de contrôler leur fécondité comme elles l'entendent. On relie sans trop de peine ces changements aux luttes des mouvements des femmes et des homosexuels. Permettre la célébration civile du mariage se comprend sans mal : on ne voit pas comment réserver le mariage aux seuls croyants. Permettre le divorce se comprend également sans grande difficulté : on voit mal comment il serait aujourd'hui possible à la puissance publique de contraindre deux personnes qui ne le veulent plus à poursuivre la vie commune au nom de l'ordre public ou de la religion.

Certaines des modifications apportées au droit civil à partir de 1980 se comprennent dans la même perspective.

Depuis l'Antiquité, le droit civil régit les successions en supposant que, d'abord et avant tout, le patrimoine se transmet du père à ses enfants légitimes, les enfants légitimes étant ceux qui sont nés dans le mariage. Dans la coutume de Paris (art. 247-264) et dans le Code civil du Bas-Canada de 1866 (art. 1426-1465), la veuve sans contrat de mariage dont l'époux n'avait pas rédigé de testament bénéficiait du douaire, une forme d'usufruit : elle n'était pas héritière des biens propres de son époux. La veuve hérite depuis 1915. Sa part s'est modifiée au cours du XX^e siècle ; elle hérite, aujourd'hui d'un tiers de la succession alors que les enfants s'en partagent les deux tiers. Avant 1980, seuls les enfants légitimes de son époux se seraient partagé cet héritage ; aujourd'hui, tous les enfants de son époux, y compris ceux qu'il aurait reconnus de la maîtresse avec laquelle il l'aurait trompée, se le partagent. Aujourd'hui, par souci d'équité, l'État préfère avantager également tous les enfants du père, ou de la mère, qui meurt intestat — ils ne sont pas responsables des actions de leur géniteur — plutôt que protéger la fonction traditionnelle du mariage.

L'article 768 du Code civil du Bas-Canada limitait aux seuls aliments les dons que pouvaient se faire les personnes ayant vécu en concubinage, sauf si elles se mariaient. Le Code civil du Québec ne reprend pas cette disposition, ce qui permet, en pratique, aux conjoints de fait d'organiser leur vie commune comme ils l'entendent. L'État préfère respecter la liberté des personnes plutôt que protéger la fonction traditionnelle du mariage.

Les changements aux relations économiques entre les époux ont été motivés par des considérations très variées qui ont peu à voir avec la doctrine des droits de l'Homme. Ces changements sont importants. L'Assemblée nationale a modifié le Code civil pour

remplacer le régime de la communauté des biens par le régime de la société d'acquêts et pour instituer la prestation compensatoire puis le partage du patrimoine familial. Le parlement fédéral, en adoptant la Loi sur le divorce de 1985 (L.R.C. 1985, c. D-3.4) a fait en sorte que les anciens époux se doivent des aliments sans terme, peu importe les circonstances du divorce et peu importe le moment et les circonstances où apparaît la nécessité ; la Cour suprême, notamment dans l'arrêt *Moge c. Moge*, ([1992] 3 R.C.S. 813), a choisi d'interpréter ces dispositions de manière très large (Douglas, 1993). En fait, on ne voit plus très bien, dans leurs conséquences économiques, la différence entre le divorce et la séparation de corps : le divorce ne met pas fin à l'obligation alimentaire entre conjoints, qui semble devenue indissoluble.

Examiner en détail ces changements, les circonstances dans lesquels ils ont été faits et les arguments qui ont été utilisés pour les justifier dépasse le cadre de cet article. Le résultat est néanmoins que le mariage s'est profondément transformé. Il n'est plus le mariage chrétien. Il peut être célébré par le protonotaire ou le greffier, par un notaire, par un élu et même par un simple particulier. Chacun des époux peut quitter la vie commune de son propre chef, les deux époux peuvent y mettre fin de commun accord ; le tribunal entérine l'accord passé entre les époux, peut le modifier, mais il ne peut pas ordonner la reprise de la vie commune : ce qu'il devait faire autrefois au nom de l'ordre public est aujourd'hui contraire au droit de la personne. Il n'est plus tout à fait le mariage du droit français qui permettait aux époux d'échapper à la communauté des biens : le « régime primaire » que constitue la somme de l'obligation alimentaire — que le divorce reconduit — et de l'obligation de partager le patrimoine familial, qui sont toutes deux d'ordre public et auquel il n'est pas permis de renoncer avant la dissolution, en font une institution dont le caractère communautaire est beaucoup plus marqué qu'il ne l'était dans le mariage traditionnel. Les changements les plus récents accordent une grande liberté aux époux pour célébrer leur union et y mettre fin, mais accentuent le caractère communautaire du mariage, qui n'apparaît que dans le Moyen Âge chrétien et encore féodal (Ourliac et de Malafosse, 1968 : 240-278). Les changements récents augmentent également la part des relations économiques entre les conjoints qui relèvent de l'ordre public plutôt que de la volonté des conjoints (Roy, 2002 : 11-44). Un peu étrangement, le mariage nouveau est à la fois moins chrétien qu'il ne l'avait été depuis l'Antiquité par la liberté qu'il donne aux époux de rompre la vie commune et plus chrétien que jamais par la force avec laquelle il soude pour la vie le destin économique des époux. Dans son traitement des liens économiques entre les époux qui ne font plus vie commune, le droit matrimonial canadien contemporain se rapproche de l'état ancien du droit canonique que décrit Esmein : contrairement au droit canonique de cette époque, on distingue clairement, dans le vocabulaire, le divorce de la séparation de corps, mais comme lui, on ne se préoccupe que de l'état de fait et on cherche à confondre les deux situations juridiques plutôt qu'à les distinguer.

6. 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 fait 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 de séparation des biens lorsque l'épouse est économiquement dépendante de l'époux. Cette disposition est probablement ce qui, avec la Loi sur le divorce de 1968, transforme le plus l'institution et définit ce qu'est le mariage dans le Québec contemporain.

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 s'est alors retrouvé « surchargé d'effets » (Provost, 1994 : 128) 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 y ajouter que :

«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.» (L.R.Q., c I-16, art. 61.1)

Dans le contexte qui prévaut alors, le Code civil, la Loi d'interprétation et le droit social se trouvent à créer un véritable régime de vie commune basé sur l'indépendance économique des conjoints et la liberté contractuelle ou, en termes plus juridiques, le respect de l'autonomie de la volonté. Ce régime s'est mis en place progressivement.

En 1968, le premier ministre et le chef de l'opposition officielle disent quelques mots de l'union libre au cours du débat que le projet loi qui modifie le Code civil du Bas-Canada afin de permettre la célébration civile du mariage. Les deux s'entendent pour voir dans l'union libre, l'amour libre et la cohabitation sans mariage une forme de désordre que l'État a peut-être encouragée en continuant trop longtemps à imposer que la célébration du mariage soit nécessairement religieuse (Québec, AL : 3936-3940). L'opinion commune évolue rapidement. En 1978, le Conseil du statut de la femme publie un rapport important dans lequel il aborde de nombreux sujets, dont le mariage, les régimes matrimoniaux et l'union de fait, dans la perspective qu'exprime son titre : *Pour les Québécoises : égalité et indépendance*. Le Conseil souhaite que les couples québécois qui se marient choisissent en plus grand nombre le régime de la société d'acquêts qui lui paraît mieux convenir à leur réalité que le régime de la séparation des biens, mais recommande également que les couples qui choisissent l'union de fait ne soient pas assimilés à des couples mariés et que l'État ne limite pas la liberté des conjoints de fait de s'associer comme ils le désirent :

«La famille québécoise a évolué au cours des trente dernières années. Le mariage est remis en question. De nombreux couples ont choisi l'union de fait parce qu'elle n'entraîne pas d'obligations légales et peut accorder plus de liberté quant au mode de vie. D'autres la vivent

sans l'avoir choisie librement parce qu'ils sont encore liés juridiquement par le mariage. C'est une réalité que le législateur doit reconnaître non pas en donnant à l'union de fait les mêmes obligations que le mariage sous prétexte de protéger les enfants, et créer par là un mariage parallèle, mais plutôt en confirmant cette liberté de choix quant à la forme d'union désirée.

Ainsi, avant de commencer à légiférer sur les droits et obligations des conjoints de fait à l'égard des tiers et entre eux, il faudrait toutefois s'assurer de connaître leurs besoins afin de ne pas leur imposer les mêmes règles que celles du mariage, limitant par là toute liberté de s'associer selon leurs désirs.

Objectif

Respecter la liberté de choix de l'union. »(CSF, 1978 : 160-161)

Cette recommandation est retenue et devient la position du gouvernement du Québec sur l'encadrement juridique de l'union de fait (Roy, 2008). À partir de ce moment, le développement, par le législateur, de l'union de fait comme cadre juridique cohérent de la vie conjugale et familiale distinct du mariage et reposant sur le respect de l'autonomie des conjoints est clairement un processus conscient. Faute de source adéquate, il est difficile de reconstituer exactement le rythme de la diffusion de l'union de fait au Québec. On peut néanmoins donner une idée de la diffusion de l'union de fait comme forme de la vie familiale en examinant l'évolution la proportion des enfants nés de parents non mariés et la proportion des enfants nés de père inconnu (Figure 1). On voit alors que la proportion des enfants qui naissent de parents non mariés augmente légèrement au cours de la seconde moitié des années 1960 sans que l'on sache si ces enfants naissent d'une mère seule ou d'un couple de parents non mariés, cette information n'étant pas recueillie avant 1976. On voit également que la proportion des enfants qui naissent de parents non mariés et qui sont reconnus par leur père augmente très rapidement dès 1976. Il semble bien que le législateur québécois ait accompagné le phénomène sans le précéder, à moins d'accorder beaucoup de poids à la modification du Code civil, en 1970, qui donnait certains droits aux enfants naturels.

Il est difficile de ne pas relier l'importance que l'union de fait a prise au Québec et le contraste très marqué qui oppose les obligations économiques que le Code civil impose aux époux et la grande liberté dont jouissent les conjoints de fait sous ce rapport. Le calendrier de la diffusion de l'union de fait permet mal de soutenir que l'adoption des dispositions sur le partage du patrimoine familial, en 1989, a causé cette diffusion. Il semble plutôt qu'au moment de modifier aussi profondément les relations économiques entre les époux, le législateur québécois a pu profiter de la grande acceptation dont l'union de fait jouissait dans la population et, peut-être, de la « doctrine » formulée une dizaine d'années plutôt par le Conseil du statut de la femme pour articuler de manière nette les rapports entre les deux formes d'union : le mariage devenait la cadre juridique protecteur adapté aux couples dans lequel l'épouse était économiquement dépendante de l'époux alors que l'union de fait devenait le cadre juridique adapté aux couples dont la relation économique était fondée sur l'égalité et l'indépendance. On ne trouve rien d'équivalent dans le droit des autres provinces canadiennes, où la tendance est plutôt à rapprocher de plus en plus le mariage et l'union de fait. Nous avons expliqué ailleurs qu'il a été possible d'imposer au Québec des obligations économiques plus strictes aux gens mariés que dans les autres provinces canadiennes parce que le mariage y était à la fois plus perçu comme une institution religieuse que civile et que le rejet de la religion y était plus fort (Laplante, 2006 ; Laplante *et al.*, 2006).

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 : on ne met pas fin à son union de fait en acceptant un emploi qui force à élire domicile dans une autre ville. 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. Les conjoints de fait n'héritent pas l'un de l'autre s'ils meurent intestats, mais ils peuvent se faire des legs et même s'instituer légataires universels : le conjoint de fait peut recueillir toute la succession, même aux dépens des héritiers. En somme, sauf le nom et la présomption de paternité, l'union de fait du droit québécois est le mariage romain redécouvert. Comme le mariage romain de l'époque classique, elle est extrajuridique au sens où l'entend P. F. Girard.

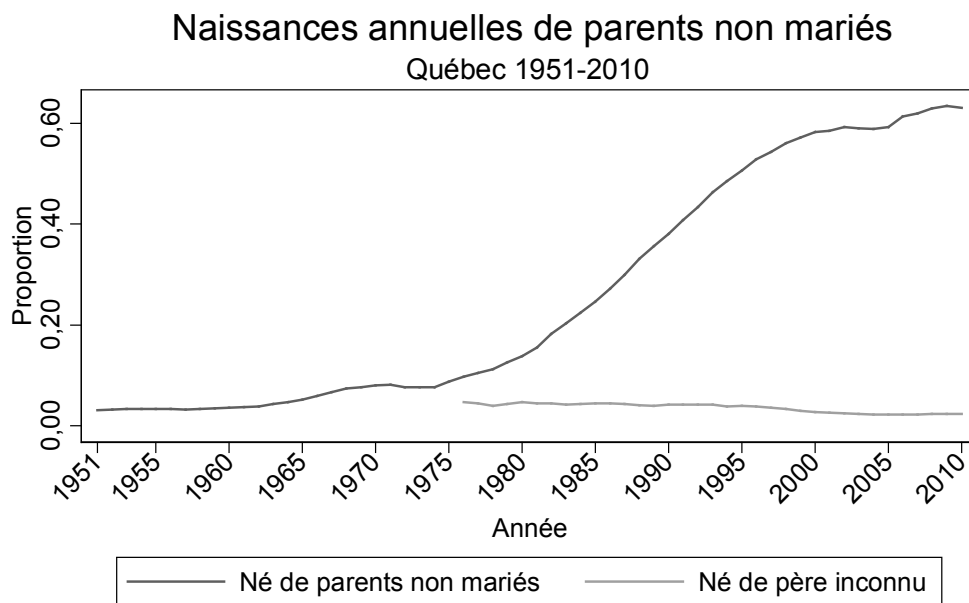
La chose n'est pas surprenante. Le droit civil est profondément individualiste : il régit les relations entre personnes juridiques maîtres d'un patrimoine. Il suffit de faire disparaître l'indissolubilité et le contrôle judiciaire, qui viennent de la doctrine canonique du mariage, et la communauté, qui 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 la couche de droit canonique dont la doctrine de l'Église l'a recouvert.

Examinée de près, l'union de fait apparaît comme une forme juridique de la vie conjugale et familiale fondée sur l'égalité et l'indépendance des conjoints et sur le respect de l'autonomie de leur volonté ; pour le meilleur et pour le pire, ce sont les principes habituels que le droit civil moderne a hérité du droit civil des Romains, pas ceux du droit canonique. La manière dont elle se forme et celle dont elle se rompt n'ont plus rien à voir avec les formes que le droit français avait reprises du droit canonique : ce sont au contraire les manières qui prévalaient dans le mariage du droit romain classique. On admet dès le principe que le couple ne se lie pas pour la vie : au contraire, le couple existe tant que les deux conjoints le veulent. On peut bien sûr trouver de nombreuses différences de détail entre le mariage du droit romain classique et l'union de fait du Québec d'aujourd'hui, mais les ressemblances de fond sont frappantes et font apparaître la cohérence de l'union de fait comme construction juridique.

Par contraste, la forme actuelle du mariage québécois semble au contraire plutôt incohérente. On présume que le mariage doit durer toute la vie et que sa rupture est un échec, on présume que ni la rupture, ni la séparation, ni le divorce n'éteint nécessairement l'obligation de secours mutuel entre les conjoints, comme s'ils demeureraient unis pour la vie, alors que chacun peut rompre la vie commune et que rien, ni le partage du patrimoine familial, ni la pension alimentaire, ni la garde des enfants ne dépendent plus du rôle que l'un ou l'autre époux a joué dans l'échec du mariage. On sait à peu près comment les sociétés occidentales en sont arrivées à traiter le divorce de cette manière (cf. Théry, 1993). On n'a pas encore trouvé, ailleurs que le droit canonique, le principe qui permette de justifier que deux adultes qui ne font plus vie commune et peuvent même faire vie commune avec autrui puissent conserver l'obligation de secours mutuel jusqu'à la mort et même au-delà. Le mariage romain et le mariage chrétien reposaient tous les deux sur une conception cohérente des relations

entre les époux. L'union de fait telle qu'elle existe aujourd'hui au Québec repose également sur une conception cohérente de ces relations, très proche de celle qui fondait le mariage romain. On ne peut pas en dire autant du mariage actuel.

Figure 1



Source : Institut de la statistique du Québec,
Naissances selon l'état matrimonial des parents, Québec, 1951-2010

Figure 1

Bibliographie

- Auerbach, . 2003. *Figura. La Loi juive et la Promesse chrétienne*, Paris, Macula.
- Cicéron. 2002. *Traité des lois*, texte établi et traduit par Georges de Plinval, 3^e tirage, Paris, Les Belles Lettres.
- Commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada en matières civiles (Commissaires). 1865. « Second rapport », dans *Code civil du Bas-Canada. Premier, second et troisième rapports*, Québec, Georges E. Desbarat, p. 138-357.
- Conseil du statut de la femme. 1978. *Pour les Québécoises : égalité et indépendance*, Québec, Éditeur officiel du Québec.
- Crook, J. A. 1990. « "His and hers". What degree of financial responsibility did husband and wife have for the matrimonial home and their life in common in a Roman marriage? », dans *Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine*, sous la dir. de Jean Andreau et Hinnerk Bruhns, Rome, École française de Rome, p. 153-172.
- Dauvillier, J. 1933. *Le Mariage dans le droit classique de l'Église, depuis le décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Paris, Librairie du recueil Sirey.
- Declareuil, J. 1911. *Quelques problèmes d'histoire des institutions municipales au temps de l'Empire romain*, Paris, L. Larose et L. Tenin.
- Les Cinquante Livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien, traduits en français par feu M. Hulot*. 1803. Paris, Behmer et Lamort, imprimeurs-libraires. Réimprimé en 1979 par Scientia Verlag, Aalen.
- Douglas, K. 1993. *L'Application des dispositions de la loi sur le divorce aux pensions alimentaires. Une nouvelle orientation*, Ottawa, Division du droit et du gouvernement.
- Ellul, J. 2011. *Histoire des institutions. L'Antiquité*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France.
- Esmein, A. 1891a. *Le Mariage en droit canonique*, tome 1, Paris, L. Larose et Forcel.
- Esmein, A. 1891b. *Le Mariage en droit canonique*, tome 2, Paris, L. Larose et Forcel.
- Gaudemet, J. 1987. *Le Mariage en Occident*, Paris, Le Cerf.
- Gaudemet, J. 2009. *Droit privé romain*, 3^e éd., Paris, Montchrestien.
- Girard, P. F. 2003. *Manuel élémentaire de droit romain*, fac-similé de la 8^e éd. de 1929, Paris, Dalloz.
- Groupe de la coopération internationale (GCI). s. d. *Dates importantes de l'histoire du droit civil du Québec*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada.
- <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/hist/hist.pdf>, consulté le 19 février 2011.
- Grubbs, J. . 2002. *Women and the Law in the Roman Empire*, Londres, Routledge.
- Iglesias Santos, J. 2004. *Derecho romano*, 15^e éd., Barcelone, Ariel.
- Institut de la statistique du Québec. 2007. *Répartition de la population de 15 ans et plus selon la situation conjugale, le groupe d'âge et le sexe, Québec, 2006*.
- http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/struc_poplt/202.htm, consulté le 17 décembre 2010.

Institut de la statistique du Québec. 2010a. *Mariages et taux de nuptialité, Québec, 1900-2009*.

http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat_matrm_marg/501a.htm, consulté le 17 décembre 2010.

Institut de la statistique du Québec. 2010b. *Mariages et unions civiles selon le sexe des conjoints, Québec, 2002-2009*.

http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat_matrm_marg/501b.htm, consulté le 17 décembre 2010.

Institut de la statistique du Québec. 2010c. *Naissances selon l'état matrimonial des parents, Québec, 1951-2009*.

http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/naisn_deces/naissance/410.htm, consulté le 17 décembre 2010.

Kolish, E. 1994. *Nationalismes et conflits de droit. Le Débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Montréal, Hurtubise HMH.

Kronby, M. C. 2010. *Canadian Family Law*, 10^e éd., Mississauga, John Wiley and Sons.

Laplante, B. 2006. « The rise of cohabitation in Quebec. Power of religion and power over religion », *Canadian Journal of Sociology*, vol. 31, n° 1, p. 1-24.

Laplante, B., C. Miller et P. Malherbe. 2006. « The evolution of beliefs and opinions on matters related to marriage and sexual behaviour of French-speaking Catholic Quebecers and English-speaking Protestant Ontarians », *Canadian Studies in Population*, vol. 33, n° 2, p. 205-235.

Lefebvre de Bellefeuille, É. 1866. « Précis des changements introduits par le Code civil dans les lois du Bas-Canada », dans *Code civil du Bas-Canada*, Montréal, Beauchemin et Valois.

Lorimier, C.-C. de et C.-A. Vilbon. 1873. *La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, tome 2, Montréal, Les Presses à vapeur de la Minerve.

Meyer, C. 2006. *Le Système doctrinal des aliments. Contribution à la théorie générale de l'obligation alimentaire légale*, Bern, Peter Lang.

Monier, R. 1947. *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e éd. revue et complétée, Paris, Domat Montchrestien.

Morin, C. 2009. *L'Émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois. Étude socio-juridique de la production du droit*, Cowansville, Yvon Blais.

Nicolet, C. 1976. *Le Métier de citoyen dans la Rome républicaine*, 2^e éd., Paris, Gallimard.

Office de révision du Code civil (ORCC). 1975. « Rapport sur la famille. Première partie », *Cahiers de droit*, vol. 16, p. 575-602.

Ourliac, P. et J.-L. Gazzaniga. 1985. *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel.

Ourliac, P. et J. de Malafosse. 1968. *Histoire du droit privé*, tome 3, *Le Droit familial*, Paris, Presses universitaires de France.

Pineau, J. et M. Pratte. 2006. *La Famille*, Montréal, Thémis.

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

Québec, Assemblée législative, *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, 3^e session, 28^e législature, 1^{er} novembre 1968, « Bill n° 12 » [sic].

Roy, A. 2002. *Le Contrat de mariage réinventé*, Montréal, Thémis.

Roy, A. 2008. *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec*, rapport préparé pour le ministère de la Justice du Québec.

Sayag, A. 1969. *Essai sur le besoin créateur de droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Théry, I. 1993. *Le Démariage*, Paris, Odile Jacob.

Thomas, Y. 1988. « L'Institution juridique de la nature », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 6, p. 27-48.

Thomas, Y. 2005. « À Rome, pères citoyens et cité de pères », dans *La Famille dans la Grèce antique et à Rome*, sous la dir. d'Aline Rousselle, Giulia Sissa et Yan Thomas, Bruxelles, Complexes.

Treggiari, S. 1991a. *Roman Marriage. Iusti conjuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford, Oxford University Press/Clarendon.

TREGGIARI, S. 1991b. « Divorce Roman style », dans *Marriage, Divorce and Children in Ancient Rome*, sous la dir. de Beryl Rawson, Oxford, Oxford University Press/Clarendon, p. 31-46.

Veyne, P. 1999. « L'Empire romain », dans *Histoire de la vie privée*, tome 1, *De l'Empire romain à l'an mil*, sous la dir. de Philippe Ariès et Georges Duby, Paris, Seuil, p. 17-213.