

Alain Roy, LL.D.

Professeur à la Faculté de droit  
de l'Université de Montréal

## **LE CONTRAT EN CONTEXTE D'INTIMITÉ**

Document présenté à la  
COMMISSION DU DROIT DU CANADA

Montréal  
le 25 juin 2001

Le présent document a été préparé pour le compte de la Commission du droit du Canada, sous le titre « Le contrat en contexte d'intimité ». Les points de vue exprimés reflètent uniquement ceux de l'auteur et pas nécessairement ceux de la Commission. L'exactitude de l'information contenue dans ce document est l'unique responsabilité de l'auteur.

This document is also available in English under the title "Contracts in Close Personal Relationships".

## SOMMAIRE

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

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

## NOTES BIOGRAPHIQUES

Alain Roy, LL.D. (Laval) est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et membre de la Chambre des notaires du Québec. Il concentre ses recherches et son enseignement dans le domaine du droit de la famille et des personnes physiques. Le professeur Roy s'intéresse de façon plus particulière à la régulation contractuelle du mariage. Parmi ses publications les plus récentes, on retrouve d'ailleurs « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) 41 *C. de D.* 657; « Mariage et contrat : fiction ou complémentarité? », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Les fictions du droit – Fictions in the Law*, Montréal, Thémis, 2001, à paraître et « Le divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU, *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Thémis, 2001, à paraître.

## TABLE DES MATIÈRES

Sommaire .....	i
Notes biographiques .....	ii
Table des matières .....	iii
Introduction .....	1
I. Le cadre théorique .....	4
II. Les objets .....	10
III. Les perspectives normatives .....	16
IV. Le positionnement professionnel .....	21
V. L'environnement législatif .....	25
A. L'aménagement d'une zone de liberté contractuelle.....	26
B. L'aménagement de balises relationnelles.....	29
C. L'aménagement d'un régime légal supplétif.....	32
Conclusion .....	38
Table de la législation .....	40
Table de la jurisprudence .....	41
Bibliographie .....	42

## Introduction

Les relations intimes que nous développons et entretenons au cours de notre existence participent à la construction de notre identité et consolident généralement notre appartenance à la collectivité<sup>1</sup>. En raison du degré d'intimité qui les anime et des sentiments qu'elles sollicitent, ces relations sont habituellement source d'épanouissement, de bonheur et de réconfort.

Si certaines relations se vivent en toute spontanéité, sans aucune forme d'organisation ou de soutien, d'autres, au contraire, nécessitent un minimum d'encadrement et de structure. Tel est le cas des relations qui impliquent une réelle dynamique d'interdépendance affective et économique et qui, règle générale, supposent une certaine forme de cohabitation entre les personnes concernées.

Le mariage et l'union de fait illustrent parfaitement ce type de relations. Ils en constituent même l'archétype. Cependant, l'interdépendance et la cohabitation ne sont pas l'apanage exclusif des conjoints mariés ou unis de fait. D'autres relations étroites se déroulent sous le même toit et génèrent un degré d'interdépendance très élevé. Pensons simplement aux deux sœurs qui vivent dans le même logis ou à l'enfant adulte qui demeure auprès de sa vieille mère. Sans partager le sentiment amoureux qui réunit normalement les conjoints, ces personnes peuvent être appelées à assurer mutuellement la satisfaction de leurs besoins respectifs, dans une réelle dynamique d'interdépendance.

---

<sup>1</sup> COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes – Document de discussion*, Ottawa, 2000, p. 9. (également publié sur le site internet de la Commission à l'adresse [www.cdc.gc.ca](http://www.cdc.gc.ca)).

Ainsi, le mariage est élevé au rang de statut, voire d'institution, et fait depuis toujours l'objet d'une réglementation étatique très étroite<sup>2</sup>. Sans jouir d'une même consécration sociojuridique, l'union de fait constitue aujourd'hui un mode de vie auquel les législateurs accordent de plus en plus d'importance et reconnaissent de plus en plus d'effets. La plupart des lois à caractère social, provinciales et fédérales, assimilent les conjoints de fait hétérosexuels et homosexuels aux conjoints mariés pour les fins de leur application et certaines législations provinciales leur attribuent différentes prérogatives traditionnellement associées au mariage<sup>3</sup>. Récemment, la Nouvelle-Écosse a suivi l'exemple de certains États étrangers en instaurant un régime d'enregistrement civil des unions de fait permettant aux conjoints de fait d'obtenir, sur inscription, un statut juridique quasi équivalent à celui des couples mariés<sup>4</sup>.

Malgré cette caractéristique commune, les relations à forte teneur d'interdépendance ne jouissent pas toutes d'une reconnaissance juridique équivalente. L'État s'intéresse de façon toute particulière aux relations de type conjugal, mais néglige les autres.

Quant aux relations non conjugales, elles figurent depuis toujours au rang des phénomènes marginalisés par le droit. La relation d'interdépendance des sœurs qui partagent le même logis, de même que celle de l'enfant majeur qui habite auprès de sa mère, sont peu considérées par l'État. En d'autres termes, les législateurs ne sont pas encore intervenus pour soutenir et encadrer fermement l'interdépendance entre les personnes engagées dans des relations non

---

<sup>2</sup> Pour un aperçu général des règles juridiques régissant le mariage au fédéral et dans les provinces et territoires canadiens, voir l'annexe A de l'excellente étude de Martha BAILEY, «Le mariage et les unions libres», publiée sur le site internet de la Commission du droit du Canada à l'adresse mentionnée à la note précédente.

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

<sup>4</sup> *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000. C. 29.

conjugales, que ce soit à travers la mise en place de véritables politiques ou programmes sociaux ou l'attribution de droits comparables à ceux dont bénéficient les conjoints entre eux<sup>5</sup>.

L'automne dernier, la Commission du droit du Canada a entamé une vaste consultation publique sur le rôle de l'État à l'égard des relations personnelles étroites entre adultes et, plus spécifiquement, sur les valeurs qui doivent guider toute réforme législative sur le sujet<sup>6</sup>.

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

Or, le modèle contractuel présente, à cet égard, un potentiel très intéressant. Instrument de normativité privée, le contrat permet l'établissement d'un cadre de régulation ajusté aux contours de chaque relation. Balisé par un environnement juridique bien défini, il peut assurer une reconnaissance et un soutien adéquats aux relations personnelles, quelle qu'en soit la nature, tout en préservant les valeurs d'égalité et d'autonomie qui en constituent le fondement.

---

<sup>5</sup> Pour un aperçu général des règles juridiques régissant les relations non conjugales au fédéral et dans les provinces et territoires canadiens, voir l'annexe D de l'étude citée à la note 2.

<sup>6</sup> Le document de discussion publié par la Commission énonce les orientations de la recherche entreprise en ces termes : «Ce document de discussion aborde la question des rapports personnels étroits entre adultes. La Commission du droit a constaté que les adultes établissent, pour une foule de raisons, des rapports personnels étroits entre eux, et que ces rapports présentent également une grande diversité. Ce document examinera donc les prémisses et les objectifs qui sous-tendent les dispositions législatives actuelles régissant ces rapports, en amorçant une réflexion sur les raisons qui justifient l'intervention du législateur de réglementer les rapports de nature personnelles entre adultes. Les solutions actuelles retenues par le Parlement en matière de reconnaissance et de soutien des rapports personnels entre adultes ne correspondent pas toujours aux attentes de la société à cet égard » : COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes – Document de discussion*, Ottawa, 2000, p. iii.

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

Je présenterai d'abord le cadre théorique du modèle contractuel que je préconise (1). Je m'emploierai ensuite à en décrire les objets (2) et les perspectives normatives (3). Je tenterai enfin de définir le positionnement professionnel qu'impliquerait le déploiement d'un tel modèle (4) et l'environnement législatif au sein duquel il pourrait adéquatement se développer (5).

## I. Le cadre théorique

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

Cette conception du contrat tire ses origines de la théorie juridique classique<sup>8</sup> selon laquelle le contrat se définit comme un accord de volonté destiné à créer des effets juridiquement obligatoires<sup>9</sup>. En d'autres termes, le contrat équivaut à l'ensemble de promesses, légales et licites, pour l'inexécution desquelles la loi prévoit une sanction judiciaire. Ainsi conceptualisé, le contrat prend tout son sens lorsque survient un défaut<sup>10</sup>. Du coffret de sûreté où il aura été immédiatement rangé après avoir été conclu, le contrat sera dès lors acheminé au procureur

---

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

<sup>9</sup> Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Théorie des obligations*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Thémis, 1988, p. 28; Didier LLUELLES (avec la collaboration de Benoit MOORE), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 57; Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil – Les obligations – Théorie générale*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, 1991, p. 49.

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

dont la mission sera de faire triompher les droits de la partie qu'il représente, tels qu'ils auront été cristallisés au moment de l'échange des consentements.

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

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

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

---

<sup>11</sup> Stewart MACAULAY, «Non contractual Relations in Business: A Preliminary Study» (1963) 28 American Sociological Review 55; «Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract» (1977) 11 L. & Soc. Rev. 507 et «An Empirical View of Contract» [1985] 3 Wisconsin L. Rev. 465. Au Québec, voir particulièrement Jean-Guy BELLEY, «L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat» (1991) 32 C. de D. 253.

comportements en fonction des attentes et des aspirations réciproquement manifestées. En somme, les contractants n'observent pas le contrat à travers le prisme qu'utilisent les juristes. Sa fonction coercitive est reléguée au rang des considérations accessoires. Bon nombre d'auteurs ont d'ailleurs reconnu cette réalité. Ainsi, la professeure Marjorie Maguire Shultz observe :

«Given their academic training, lawyers naturally emphasise dispute resolution and contract enforcement by courts. By contrast, the parties to a contract do not focus on enforcement but on the goals, plans, relationships, exchanges»<sup>12</sup>.

Dans le même sens, le professeur Ian R. Macneil affirme :

«[Performance planning] is, after all, the way most participants view most contract planning – only lawyers and other trouble-oriented folk look to contracts primarily as a source of trouble and disputation, rather than as a way of getting things done»<sup>13</sup>.

Plus près de nous, le professeur Jean-Guy Belley commente la culture notariale du contrat en ces termes :

« [...] la profession notariale ne se détache pas facilement de la propension à aborder le contrat dans la seule optique du système juridique plutôt que de la perspective des acteurs sociaux cherchant un mode de régulation adapté à leurs transactions ou à leurs relations »<sup>14</sup>.

Cette distorsion entre théorie classique et pratique contractuelle a favorisé l'émergence d'une nouvelle théorie plus conforme aux réalités observables. Élaborée par le professeur américain Ian R. Macneil, cette théorie, connue sous le nom de « théorie relationnelle du contrat »,

<sup>12</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy» (1982) 70 California Law Review 204, 306.

<sup>13</sup> Ian R. MACNEIL, *Contracts : exchange transactions and relations*, 2<sup>e</sup> éd., Mineola, N.Y., Foundation Press, 1978 (cité dans Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy» (1982) 70 California Law Review 204, 306, à la note 387).

<sup>14</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat» (1996) 1 C.P. du N. 105, 108. Dans une perspective plus générale, le professeur Belley écrit d'ailleurs : «[...] la conception classique du contrat fournit une

propose une conception du contrat mieux adaptée aux échanges contemporains et convenant davantage à la dynamique particulière des relations étroites<sup>15</sup>.

Macneil classe les échanges contractuels en deux catégories. La première catégorie regroupe les échanges «transactionnels». L'échange transactionnel est celui qui constate ou planifie l'exécution d'une simple transaction. Il intervient entre des parties qui, en principe, n'entreprendront aucun lien significatif au lendemain de l'échange des consentements. Le contrat de vente illustre bien ce type d'échange, puisqu'il ne fait que constater la transfert de droits sur le bien vendu et le versement de la contrepartie exigée.

La deuxième catégorie regroupe les échanges « relationnels ». Ce type d'échange correspond au projet de coopération envisagé à long terme. L'échange relationnel occupe un espace temporel beaucoup plus vaste que l'échange transactionnel, puisqu'il a vocation à se poursuivre dans l'avenir, pour une durée généralement indéterminée. Pensons, par exemple, aux rapports qu'entretiennent les membres d'une société entre eux, à la relation de travail entre un employeur et un employé ou à celle qu'entretient un franchiseur avec ses franchisés.

Or, selon Macneil, la théorie classique et les dogmes hermétiques qui en constituent les fondements demeurent centrés sur le contrat transactionnel et excluent ou marginalisent les échanges relationnels. À ses dires, seule une nouvelle conceptualisation du contrat pourrait permettre de saisir toutes les subtilités de la rationalité contractuelle et, éventuellement, traduire les différentes formes qu'elle peut emprunter. En somme, plaide Macneil, on ne saurait raisonnablement aborder le contrat relationnel à la lumière des idées généralement reçues et fortement inspirées de la théorie classique.

---

représentation très appauvrie de la réalité sociologique» : Jean-Guy BELLEY, «L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat» (1991) 32 C. de D. 253, 287.

<sup>15</sup> Voir principalement Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, London, Yale University Press, 1980.

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

Dans une telle perspective théorique, les valeurs à la base du processus contractuel changent du tout au tout. L'individualisme que suppose le contrat classique fait place à l'interdépendance, la domination à la collaboration et l'antagonisme à la solidarité. Commentant ces valeurs, d'ailleurs révélées par les études empiriques, la professeure Louise Rolland écrit :

« Partageant un destin économique commun, privilégiant la survivance de leurs liens d'affaires, les parties délaissent la mentalité conflictuelle des transactions au profit de la concertation. Tant et si bien que les valeurs dominantes logent dans la coopération, à savoir intégrité et solidarité »<sup>16</sup>.

Pour prendre leur pleine expression, explique Macneil, ces valeurs doivent se mouvoir à l'intérieur d'un cadre évolutif. Contrairement au modèle consacré par la théorie classique qui se caractérise par sa fixité, le contrat relationnel s'inscrit dans un continuum temporel. Par nature flexible, il est appelé à évoluer au rythme des années et des événements. Les parties au contrat

---

<sup>16</sup> Louise ROLLAND, «Les figures contemporaines du contrat» (1999) 44 R.D. McGill 903, 926. La professeure Rolland ajoute, avec justesse, que l'adhésion à de telles valeurs ne relève pas de la vertu, mais d'une mentalité contractuelle fondée sur une meilleure efficacité économique.

relationnel ne s'enferment pas dans un carcan, mais se dotent d'un cadre ouvert qu'elles seront éventuellement appelées à renégocier, selon l'évolution de leurs attentes respectives.

Expliquant la portée d'une telle réalité, le professeur Belley écrit : « les exigences même de la solidarité contractuelle et sociale rendraient futile, voire dangereuse, toute tentative d'enfermer la régulation du futur dans des cadres conceptuels et logiques fixés une fois pour toutes »<sup>17</sup>.

Somme toute, la flexibilité du contrat est inscrite dans la relation d'interdépendance qui incite à faire prévaloir une adaptation nécessaire sur le respect rigide de la planification convenue et du consentement donné<sup>18</sup>.

Bien que les relations d'affaires demeurent le premier domaine d'application de la théorie relationnelle, son cadre général convient tout aussi bien aux relations personnelles étroites entre adultes<sup>19</sup>. Sans s'attarder à la question, le professeur Macneil lui-même reconnaît le mariage comme un échange de type relationnel<sup>20</sup>.

En effet, les personnes entretenant des rapports étroits ont, tout comme les gens d'affaires, intérêt à se doter d'une plate-forme d'organisation et de planification de leur relation. Afin de préserver cette relation et les bénéfices qu'elles comptent mutuellement en retirer, ces dernières doivent être animées des valeurs qui président aux échanges relationnels, soit la coopération, l'intégrité et la solidarité. Leur relation étant susceptible d'évoluer, il leur reviendra également d'ajuster, d'adapter et de renégocier constamment le cadre à l'intérieur duquel s'articulent leurs rapports, en fonction des changements que réserve tout futur incertain.

---

<sup>17</sup> Jean-Guy BELLEY, «Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil» (1988) 3 *Revue canadienne droit et société* 27, 34.

<sup>18</sup> Jean-Guy BELLEY, *Résumé de la théorie du contrat relationnel de Ian R. Macneil*, Québec, 1995, p. 5 [non publié].

<sup>19</sup> Pour une application en matière matrimoniale, voir Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy» (1982) 70 *California Law Review* 204, particulièrement à la page 301 et suiv. Voir également Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract» (1998) 84 *Va. L. Rev.* 1225.

Contrairement aux principes de la théorie classique, le cadre théorique proposé par Macneil s'avère donc compatible avec la réalité des relations étroites. Plutôt que de confronter les valeurs fondamentales qui en constituent le fondement, il en reconnaît la pleine valeur normative<sup>21</sup>. En qualité de *contractants*, les personnes engagées dans une relation intime ne peuvent plus être abordées comme des ennemis voulant se protéger l'un contre l'autre. Elles doivent être considérées comme de véritables partenaires soucieux de préserver la stabilité de leur relation.

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

## II. Les objets

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

---

<sup>20</sup> Ian R. MACNEIL, «The Many Futures of Contracts» (1974) 47 S. Cal. L. Rev. 691, 721, 725, 746, 747 et 751.

<sup>21</sup> En fait, Macneil reconnaît l'existence de 10 normes contractuelles, dont l'intensité varie en fonction de la nature transactionnelle ou relationnelle de l'échange contractuel. Ces normes sont (1) le respect intégral du rôle, (2) la mutualité et la réciprocité, (3) la planification, (4) le respect du consentement donné, (5) la flexibilité, (6) la solidarité, (7) le respect des principes de la responsabilité, (8) la création et la restriction du pouvoir, (9) la pertinence des moyens et (10) l'harmonisation avec la société : Ian MACNEIL, «Values in Contract : Internal and External» (1983) 78

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

Or, malgré ces distinctions fondamentales, les juristes ne semblent pas envisager la régulation contractuelle des relations étroites dans un cadre différent de celui des relations d'affaires. Il suffit de prendre connaissance de la doctrine québécoise relative au contrat de mariage et aux conventions d'union de fait pour s'en convaincre. On peut présumer que les informations qui y sont contenues, bien qu'ils ne s'agissent vraisemblablement pas de données empiriques tirées d'une véritable analyse scientifique, reflètent assez bien les perspectives généralement véhiculées en la matière.

De façon constante, on y présente le contrat de mariage comme l'instrument juridique aux termes duquel les époux québécois adoptent un régime matrimonial conventionnel, lorsqu'ils souhaitent se soustraire au régime légal autrement applicable<sup>22</sup>. Le contrat de mariage ne s'intéresse donc qu'aux biens, laissant de côté les aspects relationnels du mariage<sup>23</sup>. La

---

Nw. U.L. Rev. 340, 341. J'emprunte ici la traduction de Jeans ALBERTS, *Contrat et réseau : le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride*, mémoire de maîtrise, Sainte-Foy, Faculté de droit, Université Laval, 1997.

<sup>22</sup> C.c.Q., art. 431 et suiv. Notons que les époux demeurent assujettis au régime primaire impératif, indépendamment de leurs conventions matrimoniales. Voir *infra*, p. 27.

<sup>23</sup> Le dictionnaire de droit privé de la famille du Centre de recherche et droit privé et comparé du Québec définit le contrat de mariage comme étant le «[c]ontrat solennel par lequel les époux ou futurs époux fixent les relations patrimoniales liées à leur mariage : Centre de recherche et droit privé et comparé du Québec, Nicholas KASIRER (dir.), *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, p. 27. Voir également Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine – Document 2, Montréal, 1991 et Alain ROY, «L'intervention du notaire dans

convention d'union de fait partage une orientation semblable. En principe, elle se limite à fixer le cadre juridique des relations patrimoniales entre les conjoints de fait, à défaut pour l'État d'y pourvoir de façon directe ou indirecte<sup>24</sup>. En somme, les contrats auxquels ont accès les conjoints mariés et unis de fait ne sont aucunement voués à l'établissement du cadre normatif de la relation dans toutes ses dimensions, mais uniquement dans ses grandes lignes patrimoniales.

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

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

Cette réalité ne doit pas, pour autant, occulter l'immense potentiel du contrat, tel que reconceptualisé à la lumière des développements précédents. Un contrat relationnel a vocation à définir l'ensemble d'un projet commun, dans toutes ses dimensions, à la lumière des valeurs et des principes qui animent les partenaires. En somme, le processus contractuel procure aux partenaires l'occasion d'explicitier, sous forme d'engagements réciproques, l'ensemble des

---

les relations matrimoniales : du contrat de mariage au contrat conjugal», dans Pierre CIOTOLA (dir.), *Le notariat de l'an 2000 : Défis et perspectives*, Montréal, Thémis, 1997, p. 189.

<sup>24</sup> Benoit MOORE, «L'union homosexuelle et le Code civil du Québec : de l'ignorance à la reconnaissance?», texte à paraître dans R. du B. can.; Denis LAPIERRE, «Les contrats de la vie commune», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents sur l'union de fait*, Cowansville, 2000, p. 31 et Serge ALLARD et al., *Le concubinage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine – Document 3, Montréal, 1993, p. 34.

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

<sup>26</sup> *Id.*, art. 61.2. À défaut d'un tel arrangement, les époux devront partager également les biens familiaux («Family Assets») dont ils sont propriétaires, selon les paramètres prévus aux articles 56.1 à 60.

attentes mutuelles qu'ils entretiennent par rapport à leur relation, tant sur le plan extrapatrimonial que patrimonial. Quel est l'objectif de la relation? Quelle forme prendra-t-elle? Quel rôle chacun des partenaires est-il appelé à y jouer? Quelles sont les valeurs fondamentales qui les animent? Et au-delà des abstractions, comment ces valeurs s'opérationnaliseront-elles au quotidien?

À première vue, on peut douter de l'utilité ou de l'opportunité d'un tel processus d'explicitation dans le cadre de relations étroites. N'est-il pas futile de vouloir clarifier, formaliser et contractualiser le projet relationnel que partagent des personnes qui se connaissent déjà dans l'intimité? Les conjoints ne se sont-ils pas révélés l'un à l'autre du seul fait de leur amour? Les deux sœurs qui partagent le même logis n'ont-elles pas un passé commun susceptible d'éclairer les attentes présentes et futures entretenues par chacune d'elles? Le cours normal de l'existence ne finira-t-il pas par délimiter naturellement le cadre des échanges relationnels, en toute spontanéité, sans qu'il ne soit nécessaire d'envisager l'élaboration d'une quelconque structure d'organisation formelle?

Certes, les échanges passés entre les partenaires et, éventuellement, leur cohabitation, ne peuvent que favoriser la divulgation de certaines attentes. Nul ne saurait nier l'effet révélateur du temps et des interactions<sup>27</sup>. Mais un projet commun ne se mesure pas qu'à l'aune des attentes émergeant d'un quotidien plus ou moins récent, implicitement consacré par une « juxtaposition de brosses à dents »<sup>28</sup>. D'autres attentes vont demeurer inconscientes, latentes ou ambiguës et ne se manifesteront qu'au bout d'un certain temps, dans un contexte parfois litigieux et peu propice au maintien des échanges. Dès lors, les partenaires réaliseront le fossé qui les sépare.

---

<sup>27</sup> Voir Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis Becker (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 222.

<sup>28</sup> J'emprunte l'expression au doyen Claude Fabien.

Telle est d'ailleurs la conclusion à laquelle en arrivent certains spécialistes de la relation de couple. Au sujet des attentes conjugales, le docteur Clifford Sager et ses collègues affirment :

«While each spouse is usually at least partially aware of the terms of his contract, and the needs from which these terms are derived, he may be only remotely aware, if at all, of the implicit expectation of his spouse»<sup>29</sup>.

Dans le même sens, le sociologue américain Calfred Broderick énonce :

«Each person enters marriage with his or her own vision of what the reciprocal obligations are. Sometimes, there are conscious expectations; sometimes, they may surface only indirectly through the outrage produced when they are not met»<sup>30</sup>.

Sans doute, cette réalité s'exacerbe-t-elle lorsqu'un cadre relationnel fait l'objet d'un certain ressac normatif. Un ressac n'emporte pas tout sur son passage. Il laisse des traces. Ainsi, il n'est pas irréaliste de croire qu'on puisse entrer en relation étroite en nourrissant plus ou moins consciemment des attentes forgées à partir d'anciens modèles socio-culturels qui ne peuvent plus prétendre au statut de normes de référence universelles. Encore une fois, le cas de la relation matrimoniale apparaît particulièrement révélateur et mérite d'être cité en exemple<sup>31</sup>.

Si, jadis, les puissantes sources normatives que constituaient la communauté, la religion et la famille établissaient un modèle de vie conjugale quasi uniforme et assuraient, d'une certaine façon, la régulation des comportements, on ne peut plus en dire autant aujourd'hui. Les valeurs

---

<sup>29</sup> Clifford SAGER, Helen S. KAPLAN, Ralph H. GRUNLACH, Malvina KREMER, Rosa LENZ, Jack R. ROYCE, «The Marriage Contract» (1971) 10 *Family Process* 311, 312. Les auteurs qualifient ces attentes de «conscious but not verbalized expectations and beyond awareness expectations». Voir également Clifford SAGER, *Marriage Contracts and Couple Therapy*, New York, Brunner/Mazel, 1976; J.D. BALL et Lawrence H. HENNING, «Rational Suggestions for Premarital Counseling» (1981) 7 *Journal of Marital and Family Therapy* 69; Lynn BUCKNER et Connie J. SALTS, «A Premarital Assessment Program» (1985) 34 *Family Relations* 513 et Luc GRANGER, *La communication dans le couple*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1980, p. 19.

<sup>30</sup> Calfred B. BRODERICK, *Marriage and the Family*, 3<sup>e</sup> éd., New-Jersey, Prentice Hall, 1988, pp. 184-185.

<sup>31</sup> Voir généralement Françoise HECQ, «La famille et quelques-uns de ses paradoxes» dans Jacques LEMAIRE, Madeleine MOULIN et Marthe VAN DE MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 59, à la page 68; Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, pp. 170-172 et Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 174.

conjugales et les objectifs du mariage ne sont plus dictés sur la base d'impératifs sociaux ou religieux. Tout est maintenant objet de négociation entre les conjoints. En principe, rien ne peut plus être tenu pour acquis<sup>32</sup>.

Ainsi, la procréation n'est plus le fondement exclusif du mariage. Les rôles conjugaux ne sont plus systématiquement distribués en fonction du sexe. Chaque conjoint conserve aujourd'hui sa pleine individualité et entend jouir de son autonomie. Le mariage ne revêt plus le caractère de permanence qu'on lui attribuait dans le passé<sup>33</sup>. Bref, l'unicité du modèle traditionnel auquel la plupart des couples acceptaient autrefois de se soumettre a fait place à une diversité de modèles dont les principaux intéressés sont appelés à définir le contenu, à la lumière des attentes particulières qu'ils nourrissent. Comme l'affirme la présidente du Conseil de la Famille et de l'Enfance du Québec :

« Les valeurs qui ressortent des sondages sont le reflet d'une société avant tout individualiste et pluraliste, une société à la recherche de nouveaux modèles. Elles témoignent de l'absence de repères communs, clairement définis, auxquels se rattachaient auparavant les individus dans leur quête de bonheur. [...]. L'affirmation individuelle prend donc le pas sur les grandes institutions dans la définition des repères, des codes de sens »<sup>34</sup>.

En somme, si les enjeux d'une relation étroite relèvent non pas ou non plus de sources externes, mais des seuls partenaires concernés, il semble opportun et légitime de préconiser l'idée d'une plate-forme de communication et d'organisation menant à l'établissement d'un plan

---

<sup>32</sup> Voir notamment CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *Et si on parlait des familles et des enfants... de leur évolution, de leurs préoccupations et de leurs besoins!*, Rapport 1999-2000 sur la situation et les besoins des familles et des enfants, Gouvernement du Québec, 2000; Nicole BOILY, «Monde en mutation, changement de valeurs? Les repères des Québécoises et des Québécois à l'aube de l'an 2000», dans Marie SIMARD et Jacques ALARY (dir.), *Comprendre la famille – Actes du 5<sup>e</sup> symposium québécois de recherche sur la famille*, Trois-Rivières, Presses de l'Université du Québec, 2000, p. 377; Jacques GRAND'MAISON, «Les différents types de famille et leurs enjeux», dans Bernard LACROIX (dir.), *Vive la Famille*, Montréal, Éditions Fides, 1993, p. 17 et suiv. et Claude MICHAUD, «Le mariage et la famille : des réalités dessoudées», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, Gouvernement du Québec, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, 1996, p. 195 et suiv.

<sup>33</sup> *Id.*

relationnel, ajusté aux contours de cette relation et bâti en référence aux attentes spécifiques des intéressés. Ainsi conçu, le contrat en contexte d'intimité ne serait pas qu'une version revue et corrigée des contrats à vocation patrimoniale que véhicule la doctrine classique. Il prendrait plutôt la forme d'une charte de vie commune, aspirant à devenir le cadre normatif pluridimensionnel de la relation étroite.

Cela dit, il importe de dégager la perspective normative des dispositions du contrat en contexte d'intimité. Ici encore, on constatera que le modèle proposé ne s'intègre nullement aux paradigmes dominants.

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

Règle générale, l'État sanctionne les arrangements privés dont conviennent des partenaires contractuels en reconnaissant leur caractère « exécutoire » devant les tribunaux judiciaires. Le créancier de toute obligation contractuelle est en droit d'exiger de son débiteur l'exécution de l'engagement volontairement assumé. Si le débiteur refuse ou se montre incapable de fournir la prestation convenue, le créancier peut recourir au tribunaux « pour mettre à son service l'appui de la force judiciaire et obliger le débiteur à exécuter précisément sa promesse [...] ou obtenir au moins un dédommagement [...] »<sup>35</sup>.

Il ne fait aucun doute que le contrat conclu par des partenaires engagés dans une relation étroite aux fins de fixer le cadre de leurs rapports patrimoniaux demeure exécutoire. Ainsi, les règles du régime matrimonial conventionnel établi aux termes du contrat de mariage des époux

---

<sup>34</sup> Nicole BOILY, «Monde en mutation, changement de valeurs? Les repères des Québécoises et des Québécois à l'aube de l'an 2000», dans Marie SIMARD et Jacques ALARY (dir.), *Comprendre la famille – Actes du 5<sup>e</sup> symposium québécois de recherche sur la famille*, Trois-Rivières, Presses de l'Université du Québec, 2000, p. 377, à la page 385.

<sup>35</sup> Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 493.

peuvent faire l'objet d'une sanction judiciaire<sup>36</sup>. Il en est de même des dispositions à caractère patrimonial contenues dans une convention d'union de fait ou dans toute autre convention de cohabitation<sup>37</sup>. En principe, les tribunaux n'hésiteront pas à leur donner plein effet en cas d'inexécution, en vertu des principes généraux du droit des obligations.

Comme je tenté de le démontrer dans la section précédente, un contrat en contexte d'intimité pourrait avantageusement contenir des dispositions à caractère extrapatrimonial, précisant le projet de vie commun dans ses dimensions relationnelles. On peut à juste titre douter du caractère « sanctionnable » de telles ententes. Dans la mesure où un partenaire adopterait un comportement incompatible avec les attentes de l'autre, telles qu'exprimées en termes contractuels, il est loin d'être certain qu'un tribunal saisi du litige l'obligerait à exécuter son obligation<sup>38</sup>. En raison des enjeux particulièrement intimes qu'elle soulève, l'organisation extrapatrimoniale de rapports étroits n'est pas, traditionnellement, envisagée sous l'angle du droit et de la sanction judiciaire. Ainsi, Bruno Oppetit écrit :

[...] certaines relations humaines, par leur nature même ainsi que par la qualité ou les liens de leurs protagonistes, paraissent devoir échapper totalement à l'emprise du droit, ce qui expliquerait que les engagements s'y rapportant n'y soient pas sanctionnés et n'y relèvent que des simples devoirs de conscience »<sup>39</sup>.

À mon avis, la question du caractère « sanctionnable » des dispositions extrapatrimoniales du contrat en contexte d'intimité constitue un faux problème. Le volet du contrat aux termes duquel

---

<sup>36</sup> Il faut toutefois noter que les tribunaux pourraient hésiter à sanctionner ces dispositions durant la vie commune, de peur d'affecter le déroulement harmonieux de la relation matrimoniale. Voir Alain ROY, *La régulation contractuelle du mariage : approche socio-juridique pour une réforme*, thèse de doctorat, Sainte-Foy, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2001, p. 262 et suiv.

<sup>37</sup> Voir d'ailleurs *Droit de la famille-2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.); *Dion c. Bédard*, J.E. 2000-494 (C.S.) et *Boisvert c. Duguay*, B.E. 2000BE-597 (C.S.).

<sup>38</sup> Évidemment, il ne pourrait s'agir que d'une sanction par équivalent. En raison de la nature particulière des obligations extrapatrimoniales, il semble pour le moins irréaliste de croire qu'un tribunal ordonnerait à un partenaire d'exécuter la prestation en nature, d'où la maxime *nemo praecise potest cogi ad factum*. Voir Jean-Louis BAUDOIJIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, pp. 635-642.

<sup>39</sup> Bruno OPPETIT, «L'engagement d'honneur», D. 1979chr. 17,107, 108. Voir également André CHAPPELLE, «Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale» (1984) 83 Rev. tr. dr. civ. 411.

les partenaires définiraient leur projet commun dans ses dimensions relationnelles n'aurait pas vocation à être sanctionné par les tribunaux. En réalité, ce volet serait destiné à établir un cadre de régulation privé susceptible de guider les interactions des partenaires et, ultimement, de consolider la stabilité de leur relation. Si un des partenaires en recherchait effectivement la sanction devant le tribunal, dans un contexte litigieux augurant la rupture des échanges<sup>40</sup>, il confirmerait, par ses agissements, que l'objectif du volet relationnel n'a pas été atteint. En fait, la normativité émanant du volet relationnel se déploierait dans une autre sphère que le droit étatique et ne répondrait pas à sa logique interne.

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

« [Le droit] est ordinairement restreint aux normes établies par le législateur et exclut tous les compromis et les modèles de conduite que nous établissons pourtant à tout instant, dans le cadre de nos rapports aux autres. Il s'agit évidemment d'une conception plus sociologique que juridique du droit. Mais il convient de reconnaître que les espaces de la vie individuelle se sont étendus et que nos comportements sont largement définis dans le cadre de balises comportementales que nous établissons nous-mêmes, dans nos rapports quotidiens »<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> À propos de la relation matrimoniale, Pierre Julien écrit d'ailleurs : «[s]i un époux doit plaider contre son conjoint pour obtenir la solution d'un litige existant entre eux, le mariage traduit par là une faiblesse dont on peut légitimement penser qu'elle doit lui être, à plus ou moins brève échéance, fatale» : Pierre JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 35. À mon avis, cette observation peut s'étendre à l'ensemble des relations étroites.

<sup>41</sup> Pierre NOREAU, «Le droit et la famille : perspective sur l'amour, la contrainte et l'engagement», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, Gouvernement du Québec, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, 1996, p. 55, à la page 64. Pour décrire le droit spontané issu des interactions humaines, le juriste autrichien Ehrlich emploie l'expression «droit vivant» («living law») : Eugène EHRlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, p. 493.

On aura reconnu, dans ces propos, la référence implicite au pluralisme juridique<sup>42</sup>. Selon cette conception théorique, le droit n'est pas un tout homogène. Outre le système étatique, il recèle différents ordres subsidiaires, auquel le contrat participe en tant qu'instrument normatif autonome. Autrement dit, le contrat peut être conçu comme une véritable source de droit, indépendamment du caractère exécutoire de ses dispositions. Ce droit ne sera pas celui de l'État, qui en ignorera probablement la portée. Il sera celui des parties, sans plus.

Le volet relationnel du contrat en contexte d'intimité ne partage donc pas la même perspective normative que son volet patrimonial. Appartenant au domaine de l'obligation morale ou de l'engagement d'honneur, sa force contraignante ne relève que du for intérieur<sup>43</sup>. En somme, les partenaires agiront conformément aux attentes exprimées dans le volet relationnel, non parce qu'ils craignent une sanction judiciaire, mais parce qu'ils entendent préserver leur relation commune<sup>44</sup>.

Soit, l'obligation morale peut représenter, aux yeux de certains, une assurance peu probante. Sans doute est-ce le cas dans les relations contractuelles qui n'ont pas vocation à se poursuivre sur une longue période de temps. Cependant, l'obligation morale devrait logiquement peser plus lourd dans une relation étroite à durée indéterminée<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Sur le pluralisme juridique, voir notamment Jean-Guy BELLEY, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique» (1986) 18 *Sociologie et Société* 22; Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91 et Andrée LAJOIE, «Contribution à l'émergence du droit : Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées» (1991) 25 *R.J.T.* 103. Sur la variété des doctrines et la diversité des phénomènes de pluralisme juridique, voir Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Coll. Thémis, Paris, P.U.F., 1978, p. 208 et suiv.

<sup>43</sup> Sur la force régulatrice de l'obligation morale et les conséquences qui résultent du manquement de s'y conformer («The ultimate sanction of all morality is a subjective feeling in our minds»), voir la théorie de John Stuart Mill présentée dans Peter Michael Stephen HACKER, «Sanction Theories of Duty», dans Alfred William Brian SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence, 2<sup>nd</sup> Series* (Oxford : Clarendon Press, 1973) 131 à la page 148 et suiv., particulièrement à la page 150.

<sup>44</sup> Puisqu'il cherche d'abord à orienter des comportements, le contrat en contexte d'intimité, en tant que système normatif, s'articule à l'intérieur de ce que Pierre Noreau appelle le droit préventif : Pierre NOREAU, *Droit préventif : Le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis, 1993, p. 84 et suiv.

Dans sa théorie sur le contrat, le professeur Macneil reconnaît d'ailleurs l'importance de la « solidarité contractuelle », norme selon laquelle les parties engagées dans un échange relationnel sont naturellement amenées à adopter des comportements susceptibles de contribuer au maintien de leur relation<sup>46</sup>. Reconnaisant l'application d'une telle norme en matière conjugale, les professeurs Scott observent en ce sens :

«The intimate character of the relationship and the iterated nature of the interactions will influence the spouses to develop reciprocal patterns of cooperation over time. The pervasive social norm of reciprocity is particularly relevant to long term interactions, offering a particularly stable foundation for an evolving pattern of conditional cooperation»<sup>47</sup>.

Qui plus est, certains auteurs considèrent que le formalisme contractuel est de nature à consolider la portée régulatrice de l'obligation morale. En explicitant l'obligation noir sur blanc, dans un document symboliquement associé au domaine de la contrainte, le débiteur serait amené à manifester plus clairement son intention de se lier formellement et de respecter sa parole et sa signature<sup>48</sup>.

On reconnaîtra ici l'une des fonctions du formalisme contractuel identifiées par le juriste américain Lon L. Fuller, pour qui le formalisme ne sert pas qu'à traduire une entente en termes appropriés («channeling function») et à en faciliter la preuve au moment opportun («evidentiary function»). Le formalisme contractuel aurait également pour objectif de conscientiser les partenaires au sérieux de leur engagement et, partant, de cristalliser leur sentiment d'obligation («cautionary function») <sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Voir d'ailleurs Ejan MACKAAY, «L'ordre spontané comme fondement du droit : un survol des modèles d'émergence des règles dans une communauté civile» (1988) 22 R.J.T. 349, 364-365.

<sup>46</sup> À l'opposé, la norme de solidarité contractuelle serait peu présente dans les échanges de type transactionnel : Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, London, Yale University Press, 1980, p. 52.

<sup>47</sup> Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract» (1998) 84 Va. L. Rev. 1225, 1285.

<sup>48</sup> D'ailleurs, écrit le professeur Guy Raymond, «pour prendre sa dimension d'engagement, la parole a souvent besoin d'être formalisée» : Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 73.

<sup>49</sup> Lon L. FULLER, «Consideration and Form» (1941) 41 Colum. Law Rev. 799. Dans le même sens, Alain Chirez écrit : «[I]a force obligatoire des conventions – car il nous semble indispensable de continuer de parler de force

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

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

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

Le professionnel du droit est habituellement bien outillé pour préparer et rédiger, au bénéfice et à la demande des partenaires engagés dans une relation étroite, un contrat destiné à fixer le cadre de leurs relations patrimoniales, à l'intérieur des limites autorisées par le droit étatique<sup>50</sup>. On peut, au contraire, s'interroger sur sa capacité d'intégrer au projet contractuel les dispositions à caractère extrapatrimonial précisant leur projet de vie dans ses dimensions relationnelles. Eu égard au caractère non « sanctionnable » de telles dispositions, on peut légitimement présumer qu'il remettrait en doute leur utilité et qu'il en rejetterait ultimement la pertinence<sup>51</sup>.

---

obligatoire – ne repose pas seulement sur une contrainte juridique possible en cas d'inexécution, mais d'abord sur une contrainte psychologique liée au sentiment de l'obligation. Le contrat est un instrument de contrainte psychologique avant d'être un moyen de contrainte juridique» : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 82. Sur le sujet, voir également Jean-Guy BELLEY, «Réflexion sur la culture notariale du contrat» (1996) 1 C.P. du N. 106, 108-109 et Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire» (1994) 1 C.P. du N. 1, 28.

<sup>50</sup> Voir les références citées aux notes 23 et 24.

<sup>51</sup> On peut toutefois noter une certaine ouverture face à l'idée d'introduire dans le contrat de mariage des clauses dépourvues de force exécutoire. Ainsi, le Répertoire de droit de la Chambre des notaires du Québec, qui propose aux praticiens des formulaires de pratique professionnelle, suggère une clause aux termes de laquelle les conjoints s'engagent à soumettre volontairement à la médiation familiale les différends qui pourraient éventuellement les opposer, de même qu'un engagement des conjoints à consulter périodiquement un juriste, dans le cadre d'un

Du fait de sa formation juridique classique, le professionnel du droit adhère à une définition moniste du droit. Son champ d'intervention se limite généralement au droit étatique. Il se conçoit comme un messenger de la loi, chargé de canaliser les volontés des justiciables dans les catégories juridiques prescrites par le législateur. Comme l'exprime le professeur Belley, les contrats et autres actes qu'il est appelé à recevoir sont tellement conditionnés par la loi qu'on peut les considérer, à toutes fins utiles, comme le prolongement individuel d'une loi d'application générale<sup>52</sup>. Or, si le volet patrimonial du contrat en contexte d'intimité correspond à l'une des catégories prescrites par le législateur, tel n'est pas le cas du volet relationnel. Dépourvus de force exécutoire, les engagements qui le composent échappent à toute logique législative.

L'élaboration du volet relationnel suppose donc un repositionnement professionnel. Seule une compréhension pluraliste du droit et de la normativité pourra permettre aux professionnels du droit d'intégrer cette rationalité contractuelle. Plutôt que de se concevoir comme des experts du droit étatique, ils se poseraient alors en « spécialistes de l'interface des ordres normatifs ou en courtiers du pluralisme juridique »<sup>53</sup>.

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

---

processus de suivi préventif : Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit*, « Famille », Formulaire – Document 1.1, Montréal, 1996, pp.3-4, clauses 7 et 8.

<sup>52</sup> Jean-Guy BELLEY, « Réflexion critique sur la culture notariale du contrat » (1996) 1 C.P. du N. 105, 110, 113 et 117. Du même auteur, voir aussi « La pratique professionnelle comme prudence politique », dans Claude NÉLISSE et Ricardo ZUNIGA (dir.), *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997, p. 45, à la page 48.

<sup>53</sup> Jean-Guy BELLEY, « La pratique professionnelle comme prudence politique », dans Claude NÉLISSE et Ricardo ZUNIGA (dir.), *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997, p. 45, à la page 58. Voir également Claude NÉLISSE, « Le règlement déjudiciarisé : entre flexibilité technique et pluralité juridique » (1992) 23 R.D.U.S. 270. Pour une brève illustration d'une pratique du droit intégrant une vision pluraliste, voir André-Jean ARNAUD, « Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun » (1992) 20-21 Droit et Société 17, 29.

phénomènes d'internormativité<sup>54</sup>, le professionnel du droit reconnaîtra alors la situation des partenaires comme une véritable source de recherche et de solution. Il ne trouvera plus exclusivement les réponses aux problèmes qui lui sont soumis dans la loi et la doctrine officielle; il les repérera à travers le vécu des partenaires, leurs coutumes, leurs valeurs et leur environnement<sup>55</sup>.

Indéniablement, le praticien qui aura su adopter et intégrer une approche pluraliste du droit contribuera à renouveler son rôle et sa fonction dans le processus de production de la norme juridique. Au lieu d'appliquer servilement la loi, il deviendra un véritable « architecte de l'ordre social privé », selon les termes employés par le professeur Roderick Macdonald<sup>56</sup> ou un créateur de droit, selon ceux utilisés par le professeur André-Jean Arnaud<sup>57</sup>.

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

---

<sup>54</sup> Pour les différents sens que l'on peut attribuer au terme «internormativité», voir Guy ROCHER, «Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles», dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 25, aux pages 27-28.

<sup>55</sup> Dans un texte comparant la méthodologie socio-économique à la pratique du droit, le professeur de droit Robert Ashford écrit : «[g]ood lawyers are sensitive to the effect of values, morality, emotions, beliefs, expectations and irrationality on the economic behavior of clients, adversaries, third parties, lawyer and judges» : Robert ASHFORD, «Socio-Economics : What is its Place in Law Practice?» (1997) *Wisconsin Law Review* 611, 617 et 620.

<sup>56</sup> Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire» (1994) 1 C.P. du N. 1, 13 et 59 et suiv.

<sup>57</sup> André-Jean ARNAUD, «Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun» (1992) 20-21 *Droit et Société* 17, 36.

Il ne s'agit pas là d'une perspective inusitée relevant d'un pur fantasme intellectuel. Certaines interventions professionnelles d'avocats et de notaires nécessitent déjà l'intégration de telles habilités. Pensons simplement à la médiation familiale. À certaines conditions, avocats et notaires sont autorisés à agir à titre de médiateur. Or, la médiation n'est pas une opération proprement juridique. Il s'agit d'un processus qui vise à recréer les conditions propices à la communication entre des conjoints qui souhaitent convenir d'ententes sur les conséquences de leur rupture<sup>58</sup>. Lorsqu'ils agissent à titre de médiateurs familiaux, les professionnels du droit doivent mettre à profit certaines aptitudes qu'on rattacherait davantage au domaine de la psychologie et de la thérapie conjugale qu'à la pratique du droit<sup>59</sup>. Ils doivent favoriser les échanges dans un contexte hautement émotif, démontrer une capacité d'écoute active et faire preuve d'une grande perspicacité face aux attitudes exprimées<sup>60</sup>. En somme, la médiation familiale exige d'eux une intervention professionnelle qui va bien au-delà du cadre dans lequel s'enferme généralement la pratique du droit. Ainsi, Linda Bérubé, travailleuse sociale, observe :

« Sans être une profession, la médiation n'est pas une nouvelle façon de faire de la thérapie ou du droit, mais bien une nouvelle pratique qui répond à des règles précises et qui, bien que faisant appel aux connaissances et expériences des professionnels qui l'exercent, modifie de façon substantielle la manière de mettre à profit ces compétences et exige le développement de compétences complémentaires à la pratique habituelle des professionnels »<sup>61</sup>.

Dans le même sens, le professionnel du droit chargé d'appuyer les partenaires dans l'élaboration du volet relationnel de leur contrat devra, pour mener à bien son mandat, s'ouvrir

---

<sup>58</sup> Pour une définition plus complète, voir André MURRAY, «La médiation familiale : une progression rapide» (1986) R.D.F. 319.

<sup>59</sup> Suzanne CLAIRMONT, «L'avocat et la médiation», dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 129, à la page 135 et François CRETE, «Le notaire et la médiation familiale», dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 145, à la page 146.

<sup>60</sup> Linda BÉRUBÉ, «La médiation familiale en matière de séparation et de divorce : une nouvelle pratique à l'intersection de la relation d'aide et du droit», dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 105, à la page 121.

<sup>61</sup> *Id.*, à la page 113.

aux aspects psychologiques et émotionnels de la relation étroite<sup>62</sup>. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra apporter une réponse aussi complète que possible aux besoins de régulation des partenaires.

Évidemment, les facultés de droit ont un rôle important à jouer dans la promotion d'une approche renouvelée de la pratique professionnelle. Comme l'exprime le professeur Belley, les professeurs de droit « devraient se reconnaître une responsabilité majeure dans la mise en évidence des tendances d'évolution du paradigme du droit et dans la prévision de ses effets »<sup>63</sup>. Par leur intervention privilégiée dans le processus de formation des praticiens, ils peuvent contribuer à redimensionner le droit et la pratique juridique. En sus de leurs activités de recherche, ils peuvent, par leur enseignement, amener les futurs professionnels à envisager leur rôle social au-delà du cadre étroitement délimité par le positivisme juridique<sup>64</sup>.

## V. L'environnement législatif

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

---

<sup>62</sup> Pour une approche prônant le développement d'une culture de « multidisciplinarité » chez chaque professionnel, voir Danielle BELLEMARE, *L'exercice des professions en multidisciplinarité au Québec : opportunité et recherche d'un modèle*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1984, pp. 36-38 et 73-74. Dans le domaine juridique, voir précisément Jean-Guy BELLEY, « Réflexion critique sur la culture notariale du contrat » (1996) 1 C.P. du N. 105, 111.

<sup>63</sup> Jean-Guy BELLEY, « Paradigmes et innovation : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques », (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 163, 176.

partenaires (A), établir des balises relationnelles pour en encadrer l'exercice (B) et instaurer un régime légal supplétif, dans le respect des valeurs dominantes (C).

#### **A. L'aménagement ou le réaménagement d'une zone de liberté contractuelle**

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

Si, dans l'état actuel des choses, l'État s'abstient généralement de dicter impérativement le contenu obligationnel des relations non conjugales et de l'union de fait<sup>65</sup>, il n'en va pas de même du mariage, du moins dans la province de Québec.

En vertu du Code civil, les époux québécois se doivent secours et assistance. Ce devoir entraîne pour chacun d'eux l'obligation d'assumer le soutien alimentaire de l'autre, tant et aussi longtemps que dure le mariage, sans possibilité de s'en dispenser conventionnellement<sup>66</sup>. Les époux sont également tenus de contribuer aux charges du mariage en proportion de leurs facultés économiques respectives ou par leur activité au foyer. Toute entente en vertu de

---

<sup>64</sup> Pour une réflexion plus globale sur la question, voir Jean-Guy BELLEY, «La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme» (1985) 26 C. de D. 1045.

<sup>65</sup> Voir les annexes B, C et D de l'étude citée à la note 2.

<sup>66</sup> C.c.Q., art. 392, 585 et 391. Pour un aperçu des règles relatives à l'obligation alimentaire entre époux en vigueur dans les autres provinces canadiennes, voir l'annexe A de l'étude citée à la note 2.

laquelle les époux aménageraient autrement leur contribution sera jugée illégale<sup>67</sup>. Enfin, le législateur leur impose l'obligation de partager en parts égales, au jour de la rupture, la valeur de certains biens à caractère familial, indépendamment des termes de leur contrat de mariage<sup>68</sup>.

En assujettissant les époux québécois à de telles obligations, l'État impose unilatéralement sa conception économique du mariage et confronte, d'une certaine façon, la diversité qui caractérise la société canadienne<sup>69</sup>. Au-delà des valeurs d'égalité, de liberté, de tolérance et de respect qui constituent le socle inaltérable de toute relation humaine et qui, pour aucune considération, ne sauraient faire l'objet de négociations<sup>70</sup>, le mariage n'a pas la même signification pour tous et chacun. Certains y voient une relation aux multiples facettes où personnes et intérêts économiques seront inexorablement liés. Pour d'autres, le mariage ne fonde qu'une union de personnes, sans plus.

Alors que les époux qui se marient en bas âge, sans moyen financier, peuvent avoir tendance à se concevoir comme de véritables partenaires engagés dans une entreprise commune et pluridimensionnelle, les époux qui se marient pour une deuxième ou troisième fois, à un âge avancé, se considèrent souvent comme de simples compagnons de vie dont la relation sera, dans la mesure du possible, limitée aux échanges interpersonnels. La dynamique des familles recomposées comporte également ses particularités. On peut difficilement envisager un mariage qui, d'une certaine façon, intègre deux familles de la même manière que l'on aborde les relations conjugales plus classiques<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> C.c.Q., art. 396 et 391.

<sup>68</sup> C.c.Q., art. 414 à 426 et 391. Pour un aperçu des règles relatives au partage des biens entre époux en vigueur dans les autres provinces canadiennes, voir l'annexe A de l'étude citée à la note 2.

<sup>69</sup> Pour une réflexion plus élaborée sur la question, voir Alain ROY, «L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages» (2000) 41 C. de D. 657.

<sup>70</sup> «[V]alues (except for equality, individual liberty, and tolerance) are a matter of subjective taste or preference» : Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law-State and Family in the United States and Western Europe*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, p. 297

<sup>71</sup> Sur la dynamique particulière des familles recomposées, voir Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN et Irène THÉRY, *Quels repères pour les familles recomposées?*, Paris, L.G.D.J., 1995.

Sur le plan extrapatrimonial, les époux québécois ont la liberté d'aménager leur relation comme bon leur semble. Si ce n'est d'asseoir légitimement leur égalité sur des bases formelles<sup>72</sup>, le législateur ne leur impose pas, fort heureusement d'ailleurs, une manière de vivre. Toutefois, une incursion légale dans le champ relationnel demeure. Aux termes du Code civil, les époux sont assujettis à un devoir de fidélité<sup>73</sup>. Bien qu'un tel devoir puisse s'imposer naturellement pour la plupart des couples mariés, on peut à juste titre se demander si la fidélité conjugale constitue encore aujourd'hui une considération relevant du droit étatique<sup>74</sup>. Dans la négative, ce devoir moral devrait être retiré du Code civil<sup>75</sup>, de manière à ce que les époux eux-mêmes puissent en disposer, en fonction de leurs convictions personnelles<sup>76</sup>.

Bref, les enjeux au centre d'une relation étroite devraient relever non pas de l'État, mais des partenaires concernés. Comme le mentionne Jane Rule : «Human rights are the core responsibility of the government. The regulation of adult human relationship is not»<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> C.c. Q., art. 392.

<sup>73</sup> C.c. Q., art. 392.

<sup>74</sup> «[...] la violation de ce devoir [la fidélité] ne concerne plus la société, mais seulement l'époux bafoué» : Ève MATTEI, «L'état matrimonial», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 75, à la page 84. Voir également Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, pp. 71 et 81 et Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 122.

<sup>75</sup> D'ailleurs, la doctrine québécoise considère depuis longtemps qu'un tel devoir ne peut être sanctionné que par le divorce ou la séparation. Ainsi, l'époux victime d'adultère ne pourrait réclamer de l'époux infidèle une réparation sous forme de compensation monétaire, pour dommages moraux. Voir Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 279.

<sup>76</sup> Voir d'ailleurs Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 273-274 et p. 436. Karl FLEISHMANN, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 31; Evita M. ROCHE, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, aux pages 123-124 et Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis Becker (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 222.

<sup>77</sup> Texte publié dans B.C. BookWorld, printemps 2001.

## B. L'aménagement de balises relationnelles

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

Pourtant, le contrat n'est pas, en soi, synonyme d'injustice. On oublie trop souvent que l'institution contractuelle contemporaine comporte ses propres limites<sup>78</sup>. Les principes généraux de la bonne foi, de l'équité et de l'abus de droit reconnus tant en droit civil qu'en common law en témoignent, puisqu'ils représentent autant de barrières susceptibles de mettre un frein à l'exploitation économique d'un contractant par l'autre.

Certes, au-delà des généralités, le législateur aurait intérêt à préciser la portée de telles balises en matière de relations étroites, de manière à mieux outiller les tribunaux appelés à assurer le redressement de situations jugées socialement et juridiquement inacceptables. Ce faisant, il reconnaîtrait et consacrerait expressément les valeurs de coopération, d'intégrité et de solidarité qui président aux échanges relationnels, selon la typologie proposée par le professeur Macneil<sup>79</sup>. Pour le législateur québécois, il ne s'agirait pas là d'un précédent.

---

<sup>78</sup> Danielle BURMAN, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité» (1990) 24 R.J.T. 461, 463.

<sup>79</sup> Voir *supra*, p. 7.

Ainsi que l'a brillamment démontré la professeure Louise Rolland<sup>80</sup>, le nouveau *Code civil du Québec*, entré en vigueur en 1994, épouse la conception relationnelle du contrat en élevant, au rang de normes juridiques formelles, les valeurs de collaboration et de loyauté dans les rapports contractuels entre associés, mandant-mandataire, entrepreneur-client et employeur-employé<sup>81</sup>.

Le législateur pourrait donc adopter une approche similaire en matière de relations intimes de manière à signifier plus clairement qu'au-delà des apparences, les partenaires ne peuvent pas indûment détourner le processus contractuel à leur avantage exclusif. Dans la perspective relationnelle, rappelons-le, le contrat n'est jamais qu'un instrument orienté vers la défense des intérêts individuels d'une seule partie.

Le législateur pourrait également ajouter la lésion aux causes de nullité des contrats en contexte d'intimité<sup>82</sup>. Une telle intervention conférerait à la justice contractuelle une portée encore plus probante entre personnes qui, bien que majeures et capables, peuvent prêter le flanc à l'exploitation en raison de leur état de santé, de leur âge, de leur statut socio-économique ou du contexte émotif dans lequel se déroule leur relation. Sanctionner l'exploitation, c'est ni plus ni moins sanctionner l'exercice abusif de la liberté<sup>83</sup>.

Conjugués l'un à l'autre, ces mécanismes sont de nature à encadrer la liberté des partenaires, sans pour autant leur imposer un moule unique aux allures de tutelle. C'est d'ailleurs en ce sens

---

<sup>80</sup> Louise ROLLAND, «Les figures contemporaines du contrat», (1999) 44 *R.D. McGill* 903.

<sup>81</sup> C.c.Q., art. 2228 (contrat de société), art. 2178-2181 (contrat de mandat), art. 2126-2129 (contrat d'entreprise ou de service) et art. 2091 (contrat de travail). Dans le même sens, les principes-UNIDROIT (en matière de commerce international) consacrent expressément le devoir de collaboration entre les parties contractantes et reconnaissent sa contribution à l'efficience des échanges : Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994, art. 5.3.

<sup>82</sup> Dans la province de Québec, suivant l'article 1406 du Code civil, «[l]a lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation». La lésion, comme vice de consentement, n'est reconnue qu'à l'égard des mineurs et des majeurs inaptes : C.c.Q., art. 1405. Exceptionnellement, les actes de renonciation à la créance résultant du patrimoine familial et à la société d'acquêts peuvent également être annulés pour cause de lésion : C.c.Q., art. 424 et 472.

que la professeure Rolland affirme que « [b]onne foi, équité, raisonnablement sont les pierres angulaires et le scellant d'une construction étanche capable d'endiguer les abus potentiels d'une liberté débridée »<sup>84</sup>. En somme, la liberté contractuelle comporte différents crans d'arrêt judiciaires. Il suffit de les huiler convenablement.

Certes, le législateur aurait avantage à instituer une certaine forme d'assistance juridique en amont du recours judiciaire, de manière à ce que les contrats en contexte d'intimité puissent, dans la mesure du possible, être purgés des vices susceptibles d'en affecter la validité. Certaines provinces reconnaissent déjà l'opportunité d'une telle assistance en matière de contrats de mariage. Il en est ainsi au Québec où l'acte notarié est prescrit<sup>85</sup> et en Alberta où le recours à l'avocat est imposé<sup>86</sup>. On s'assure ainsi de l'intervention d'un conseiller juridique dont le rôle est d'informer et de conseiller les partenaires sur la portée et les conséquences de leurs décisions respectives.

Évidemment, aucun filtre professionnel ne sera à même de garantir l'éradication de l'injustice et des abus. Les plus sceptiques n'y verront d'ailleurs qu'un écran de fumée. Ils dénonceront en outre la lourdeur du fardeau incombant au partenaire soucieux d'obtenir une réparation judiciaire. Ils jugeront inopportun d'imposer à la partie lésée l'obligation de saisir elle-même les tribunaux pour obtenir justice, une telle charge pouvant, à la rigueur, compromettre l'exercice de ses droits<sup>87</sup>. En revanche, plaideront-ils, l'établissement de régimes législatifs particuliers imposant l'égalité économique en toutes circonstances, sur une base purement catégorielle, représente une option plus équitable et plus efficiente puisqu'elle assure l'équilibre recherché en amont de tout recours judiciaire.

---

<sup>83</sup> Danielle BURMAN, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité» (1990) 24 R.J.T. 461, 465.

<sup>84</sup> Louise ROLLAND, «Les figures contemporaines du contrat» (1999) 44 R.D. McGill 903, 919.

<sup>85</sup> C.c. Q., art. 440.

<sup>86</sup> *Alberta Matrimonial Property Act*, R.S.A. 1980, c. M-9, art. 38(2).

Et que faire de la liberté de tout individu de choisir? Comme l'écrit la professeure Burman, l'égalité à tout prix ne risque-t-elle pas d'entraîner la mort de la liberté et le déni de toute diversité?<sup>88</sup> Il me semble que la liberté et la diversité méritent d'être préservées. Ces valeurs, sur lesquelles est fondée notre société, ne peuvent être sacrifiées au nom d'un idéal économique.

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

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

Le législateur ne pourrait valablement présumer que l'ensemble des partenaires engagés dans une relation étroite prendront soin d'encadrer conventionnellement leurs rapports. Il doit concevoir le contrat en termes d'option volontaire et non en imposer le recours. Il serait d'ailleurs pour le moins paradoxal de vouloir « forcer le contrat », après avoir défendu les valeurs de liberté et de diversité qui en constituent les principaux fondements!

Ainsi, un législateur convaincu du bien fondé du contrat en contexte d'intimité aurait tout de même le devoir d'aménager un régime légal supplétif au bénéfice de ceux et celles qui ne voudraient pas se prévaloir de l'option contractuelle, pour une raison ou pour une autre, mais qui souhaiteraient néanmoins bénéficier d'un certain encadrement juridique.

---

<sup>87</sup> Voir, par analogie, Penelope Eileen BRYANT, «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion» (1999) 47 Buffalo Law Review 1153, 1171, 1239.

<sup>88</sup> Danielle BURMAN, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité» (1990) 24 R.J.T. 461, 463.

Le droit québécois des régimes matrimoniaux peut, à cet égard, servir de modèle. Sous réserve des dispositions impératives de la loi, le législateur québécois permet aux époux, par contrat de mariage, de choisir, avant ou durant le mariage, le régime qui leur convient, tout en prévoyant un régime légal supplétif pour ceux qui ne se prévalent pas d'une telle possibilité<sup>89</sup>. Les époux ne sont donc pas tenus de contracter. Ils n'auront recours au contrat que si le régime par défaut que leur propose le législateur ne les satisfait pas ou s'ils souhaitent y apporter des ajustements<sup>90</sup>.

Si cette structure supplétive convient parfaitement au mariage, elle ne pourrait toutefois être étendue aux autres relations étroites sans ajustement majeur. Ma prétention s'appuie sur deux considérations.

D'une part, un régime légal supplétif doit être circonscrit dans le temps. Il doit commencer à une date précise et se terminer à une autre date précise. Il doit correspondre à une situation juridique susceptible d'être objectivement délimitée. En matière matrimoniale, le régime légal entre en vigueur le jour du mariage<sup>91</sup>. Le point de départ est établi de façon totalement objective. Il en est de même de sa dissolution<sup>92</sup>.

Comment pourrait-on valablement circonscire le régime légal de l'union de fait et des relations non conjugales, alors que le commencement de telles relations n'est, à toutes fins utiles, qu'une simple question de faits dont l'appréciation peut varier d'une personne à l'autre?

---

<sup>89</sup> Le régime matrimonial légal actuel est la société d'acquêts : C.c.Q., art. 432 et 448 et suiv. Voir également les articles 391 et 423.

<sup>90</sup> En somme, l'ensemble des lois provinciales régissant le partage des biens appartenant aux époux au jour de la rupture sont basées sur une logique similaire. Ces lois prévoient effectivement le partage d'un certain nombre de biens au jour de la rupture, mais confèrent aux époux la possibilité de se soustraire conventionnellement à tel partage, aux termes d'une entente, elle-même soumise à certaines formalités. Voir, par exemple, *Alberta Matrimonial Property Act*, R.S.A. 1980, c. M-9, art. 37(1) ; *British Columbia Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, art. 61 ; *Manitoba Marital Property Act*, R.S.M. 1987, c. M45, art. 5(1) et *Ontario Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F-3, art. 52-54.

<sup>91</sup> Voir C.c. Q., art. 433.

D'autre part, l'assujettissement à un régime légal supplétif doit reposer sur un acte de volonté, du moins implicite. En se mariant, les conjoints consentent expressément à acquérir un statut juridique. Ils manifestent leur volonté d'adhérer à un état de droit. À défaut d'établir un régime matrimonial conventionnel par contrat de mariage, ils sont présumés souscrire implicitement aux principes et aux valeurs qui sous-tendent le régime matrimonial légal.

Il serait pour le moins illégitime d'assujettir les conjoints de fait ou les partenaires engagés dans une relation étroite non conjugale à un régime légal, sans que l'on puisse déduire un acquiescement de leur part, de façon directe ou indirecte, exprès ou implicite<sup>93</sup>. On voit mal comment l'État pourrait, sur la base de critères relatifs à la durée de la cohabitation, la nature de la relation, la présence d'enfants ou tout autre élément distinctif, établir, à l'insu des principaux intéressés, un cadre légal destiné à régir leurs rapports patrimoniaux<sup>94</sup> et, dans une certaine mesure, extrapatrimoniaux<sup>95</sup>.

Une des solutions à cette problématique pourrait être d'accorder aux autres relations un véritable statut juridique. L'état de fait céderait ainsi sa place à un état de droit. À cette fin, les législateurs provinciaux pourraient s'inspirer de certaines lois étrangères aux termes desquelles

---

<sup>92</sup> C.c. Q., art. 465.

<sup>93</sup> Analysant différentes options législatives quant à la reconnaissance des droits des couples non mariés, Thomas G. Anderson écrit d'ailleurs : «[...] there is at least one important distinction between a marriage and a marriage-like relationship. The distinction is that persons who marry expressly confer on each other various rights, and undertake various obligations. Persons who live together without marriage may very well have a personal commitment every bit as binding, but this is not always the case » : Thomas G. ANDERSON, «Models of Registered Partnership and their Rationale : The Institute's Proposed Domestic Partner Act», (2000) 17 *Revue Canadienne de droit familial* 89, 97. Voir également p. 113. Notons toutefois que certains pays ont adopté une telle orientation en prévoyant différentes conséquences juridiques à l'union de fait, notamment un partage d'actifs au jour de la rupture, tout en autorisant les conjoints de fait à se soustraire à de telles conséquences aux termes d'un contrat. Pour un aperçu de la question, voir Caroline FORDER, «European Models of Domestic Partnership Laws : The Field of Choice» (2000) 17 *Revue Canadienne de droit familial* 371, 376 et suiv. et 449-451.

<sup>94</sup> Évidemment, il n'est ici question que des rapports existant entre les partenaires et non à ceux qu'ils entretiennent ou qu'ils sont appelés à entretenir avec l'État. Ainsi, je ne remets nullement en cause les droits et obligations auxquels peuvent être assujettis *de facto* les partenaires engagés dans une relation étroite, aux termes de législations à caractère social et fiscal, sans qu'il ne leur soit nécessaire de manifester un consentement exprès ou implicite.

<sup>95</sup> Pensons, par exemple, à l'imposition d'un devoir d'assistance morale entre les partenaires ou, en ce qui concerne les conjoints de fait, à un devoir de fidélité similaire à celui qu'impose le législateur québécois aux conjoints mariés.

un système d'enregistrement civil des unions de fait a été instauré<sup>96</sup>. De façon générale, ce système permet aux couples qui le désirent de procéder à l'inscription de leur relation dans un registre public tenu par l'État ou l'un de ses organes<sup>97</sup>. En plus de leur procurer une certaine reconnaissance sociale et juridique<sup>98</sup>, l'inscription leur confère automatiquement certains des droits et des obligations traditionnellement associés au mariage. Règle générale, les partenaires peuvent toutefois déroger, totalement ou partiellement, au régime légal proposé par le législateur en adoptant des conventions particulières.

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

---

<sup>96</sup> L'établissement d'un tel système s'inscrirait dans le pouvoir constitutionnel des provinces d'adopter des lois relatives à la propriété et aux droits civils : *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 92(13).

<sup>97</sup> Un système d'enregistrement civil a notamment été instauré en France, en Belgique, en Hollande, dans les pays scandinaves et dans les États d'Hawaii et du Vermont. Le législateur de la Nouvelle-Écosse a déjà emboîté le pas en établissant son propre régime d'inscription. Pour une étude sommaire des systèmes institués au cours des dernières décennies dans différents États occidentaux, voir Frédérique GRANET, «Pacte civil de solidarité (PACS) Aspects comparés et internationaux», J.C.P. éd. N. 2000.I.371 et Martha BAILEY, «Le mariage et les unions libres», étude publiée sur le site internet de la Commission du droit du Canada à l'adresse mentionnée à la note 1.

<sup>98</sup> Dans certains pays, c'est d'ailleurs dans le but premier d'assurer aux couples de même sexe une reconnaissance sociale et juridique que les législateurs ont instauré de tels systèmes d'enregistrement. En effet, sous réserve de la Hollande, la totalité des pays leur refuse le droit d'obtenir cette reconnaissance par le mariage. Au-delà de ses finalités juridiques, la procédure d'enregistrement comporte donc une fonction symbolique de légitimation sociale. Voir Jean-Louis RENCHON, «Mariage, cohabitation légale et union libre», dans Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 549, aux pages 556-557.

Cela dit, il me semble important de préciser trois des principes fondamentaux qui devraient orienter toute initiative législative en ce sens.

Premièrement, le système devrait être ouvert à tous les partenaires engagés dans une relation étroite dont la cohabitation laisse présumer une certaine forme d'interdépendance économique, affective ou émotionnelle<sup>99</sup>. Les conjoints de fait, tant homosexuels que hétérosexuels, répondent évidemment à cette définition<sup>100</sup>. Il en est de même des deux sœurs qui partagent le même logis et du fils adulte qui vit auprès de sa mère<sup>101</sup>. Il m'apparaîtrait inopportun d'exclure ce type de relations étroites, sous prétexte qu'on ne peut l'assimiler à une véritable relation conjugale. Ce qui importe, c'est l'interdépendance économique et relationnelle des partenaires, entendue dans un sens général. Que l'interdépendance relationnelle se manifeste en outre sur le plan sexuel ne me semble nullement pertinent et ne saurait en soi constituer le seul critère inclusif.

Deuxièmement, le régime légal applicable aux couples dûment enregistrés devraient être *totale*ment facultatif. Pour les motifs déjà exprimés, il ne revient pas à l'État de dicter impérativement le contenu obligationnel d'une relation étroite, même en partie. Ainsi, il

---

<sup>99</sup> Je sous entend ici deux partenaires et non plusieurs. Évidemment, on peut s'interroger à savoir s'il ne serait pas souhaitable de permettre à plusieurs frères ou sœurs d'enregistrer leur relation multipartite, dans la mesure où ceux-ci cohabitent et s'inscrivent mutuellement dans une dynamique d'interdépendance économique et relationnelle. La question est sans doute pertinente et mérite réflexion. À mon avis, il serait toutefois légitime de tester le système, sans trop le compliquer, quitte à le bonifier par la suite. En ce sens, voir Thomas G. ANDERSON, «Models of Registered Partnership and their Rationale : The Institute's Proposed Domestic Partner Act» (2000) 17 *Revue Canadienne de droit familial* 89, 101. Sur la question, voir également Pascal BAURAIN, «La cohabitation légale : Mariage ou mirage législatif» (1998) 120 *R. du N. Belge*, 618, 620.

<sup>100</sup> Dans certains pays, seuls les couples homosexuels peuvent se prévaloir du système. C'est le cas, notamment, de la plupart des pays scandinaves. On justifie généralement l'exclusion des couples de sexe opposé en référant au droit qui leur est depuis toujours reconnu d'obtenir, par le mariage, une reconnaissance sociale et juridique et un encadrement légal : Martha BAILEY, «Foreword : Domestic Partnerships (2000) 17 *Revue Canadienne de droit familial* 11, 15-16.

<sup>101</sup> L'État d'Hawaï, la Catalogne et la Belgique épousent une telle philosophie : Hawaii Revised Statutes 1999, c. 572C-1; Mutual Assistance Act 19-1998 et Code civil Belge, art. 1475 § 1<sup>er</sup>. Voir également Pascal BAURAIN, «La cohabitation légale : Mariage ou mirage législatif» (1998) 120 *R. du N. Belge* 618, 619. Les propositions législatives formulées au législateur de la Colombie Britannique par la British Columbia Law Institute's seraient au même effet : Thomas G. ANDERSON, «Models of Registered Partnership and their Rationale : The Institute's Proposed Domestic Partner Act» (2000) 17 *Revue Canadienne de droit familial* 89, 101.

m'apparaîtrait inapproprié de créer un mini « régime primaire » auquel les partenaires inscrits seraient obligatoirement assujettis<sup>102</sup>. L'ensemble du régime légal devrait pouvoir être évacué par les partenaires aux termes d'une convention privée dont les critères de validité seraient clairement établis<sup>103</sup>.

Enfin, le contenu du régime légal devrait être élaboré de manière à répondre aux aspirations du plus grand nombre de partenaires. Le législateur ne doit pas proposer un modèle se situant à l'une ou l'autre des extrémités d'un pôle. Le régime légal doit représenter une mesure mitoyenne capable de concilier les différentes tendances sociales et, partant, de rallier une majorité d'individus<sup>104</sup>.

Cela dit, l'élaboration d'un régime légal n'est pas une œuvre de déduction juridique qui relève de la seule expertise des juristes. Aussi, sans données empiriques et sans l'apport de spécialistes des sciences de la sociologie et de la démographie, il est difficile, voire présomptueux, de dissenter sur un éventuel contenu obligationnel.

Je m'autoriserai cependant à préciser qu'un seul et même régime légal pourrait bien ne pas convenir à tous les types de relations étroites. Le degré d'interdépendance des relations de type conjugal n'est pas nécessairement le même que celui qui caractérise les relations non conjugales. À elle seule, cette variante pourrait justifier certains aménagements. Ainsi, l'union de fait pourrait bénéficier d'un régime légal spécifique. Les relations étroites non conjugales

---

<sup>102</sup> En France, les partenaires inscrits doivent impérativement s'apporter une aide mutuelle et matérielle. Ils ne peuvent conventionnellement se soustraire à ce devoir : *Code civil français*, art. 515-4. En Belgique, ils doivent obligatoirement contribuer aux charges de la vie commune en proportion de leurs facultés respectives : C.c., art. 1477 § 3.

<sup>103</sup> Voir *supra*, pp. 29-32.

<sup>104</sup> Au sujet du régime matrimonial supplétif en droit civil québécois, le Comité des régimes matrimoniaux de l'Office de révision du Code civil énonçait, en 1968 : « En bonne politique législative, le régime légal doit non seulement traduire un certain idéal, il doit aussi convenir à la majorité » : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport des régimes matrimoniaux – Notes explicatives (Loi concernant les régimes matrimoniaux)*, Québec, 1968, rapporté dans

pourraient faire l'objet d'un autre régime particulier. À mon avis, mieux vaut créer plusieurs régimes légaux spécialement adaptés que d'établir un régime universel réduit à un dénominateur commun, reflétant un portrait plus ou moins dilué des relations auxquelles il est destiné.

## **Conclusion**

Observé à travers le voile de la théorie classique, le contrat ne se révèle que partiellement. Privé d'un regard direct, l'observateur ne parvient pas à en découvrir toutes les dimensions. Les ombres qu'il perçoit lui apparaissent menaçantes. Le contrat se pose tel un bloc monolithe au centre d'une pièce froide et inanimée.

En levant le voile, le contrat se dévoile sous tous ses angles. À la lumière du jour, on remarque toutes ses subtilités. En approchant davantage, on perçoit tout autour un bourdonnement d'activités que l'on n'aurait pu autrement soupçonner.

Cette illustration résume bien la pensée exprimée à travers les pages qui précèdent. Lorsqu'on réfléchit sur les modes d'organisation juridique des rapports privés que sont appelées à entretenir les personnes engagées dans une relation étroite, le contrat ne s'impose pas d'emblée. Les images et symboles que reflète traditionnellement le modèle contractuel semblent peu compatibles avec l'intimité qui caractérise généralement ce type de relations.

Une évaluation sérieuse ne peut toutefois être menée sur la base de simples perceptions et d'idées reçues. Au-delà des paradigmes dominants et des conceptions classiques, d'autres

perspectives théoriques, telle la théorie relationnelle et le pluralisme juridique, permettent d'apprécier le contrat sous un angle renouvelé. Muni d'une nouvelle lentille d'observation, on y verra autre chose qu'un « pacte entre ennemis » ou un « compromis entre intérêts antagonistes, âprement défendus »<sup>105</sup>. Le contrat prendra plutôt la forme d'un instrument d'organisation et de planification d'une relation de longue durée. Il symbolisera la poignée de mains engageante qui rapproche les partenaires et qui consolident leur relation.

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

---

<sup>105</sup> Voir Jean-Guy BELLEY, «Max Weber et la théorie du droit des contrats» (1988) 9 *Droit et société* 281, 287 et Jacques MESTRE, «L'évolution du contrat en droit privé français», dans *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Paris, P.U.F. 1986, p. 41, à la page 45.

## TABLE DE LA LÉGISLATION

### Textes constitutionnels

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

### Textes provinciaux

*Matrimonial Property Act*, R.S.A. 1980, c. M-9

*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128

*Code civil du Québec*

*Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000. c. 29

*Marital Property Act*, R.S.M. 1987, c. M45

*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F-3

### Textes étrangers

*Code civil belge*

*Code civil français*

Hawaii Revised Statutes 1999, c. 572C-1

Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994

*Mutual Assistance Act* 19-1998 (Catalogne - Espagne)

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Jurisprudence canadienne

*Boisvert c. Duguay*, B.E. 2000BE-597 (C.S.)

*Dion c. Bédard*, J.E. 2000-494 (C.S.)

*Droit de la famille-2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.)

## BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils

ALBERTS, J., *Contrat et réseau : le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Sainte-Foy, Université Laval, 1997

BAUDOIN, J.L. et P.G. JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998

BELLEMARE, D., *L'exercice des professions en multidisciplinarité au Québec : opportunité et recherche d'un modèle*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1984

BRODERICK, C. B., *Marriage and the Family*, 3<sup>e</sup> éd., New-Jersey, Prentice Hall, 1988

CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Coll. Thémis, Paris, P.U.F., 1978

CHIREZ, A., *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977

EHRlich, E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936

GLENDON, M.-A., *The Transformation of Family Law-State and Family in the United States and Western Europe*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989

GRANGER, L., *La communication dans le couple*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1980

JULIEN, P., *Les contrats entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1962

KAUFMANN, J.C., *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992

LABBÉE, X., *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996

LLUELLES, D. (avec la collaboration de Benoit MOORE), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998

MACNEIL, I.R., *Contracts : exchange transactions and relations*, 2<sup>e</sup> éd., Mineola, N.Y., Foundation Press, 1978

MACNEIL, I.R., *The New Social Contract*, London, Yale University Press, 1980

MAZEAUD, J., L. MAZEAUD et H. MAZEAU, *Leçons de droit civil – Les obligations – Théorie générale*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, 1991

MELVILLE, K et S. KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988

MEULDERS-KLEIN, M.-T. et I. THÉRY, *Quels repères pour les familles recomposées?*, Paris, L.G.D.J., 1995

NOREAU, P., *Droit préventif : Le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis, 1993

PINEAU, J., *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972

PINEAU, J. et D. BURMAN, *Théorie des obligations*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Thémis, 1988

RAYMOND, G., *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999

ROY, A., *La régulation contractuelle du mariage : approche socio-juridique pour une réforme*, thèse de doctorat, Sainte-Foy, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2001.

SAGER, C., *Marriage Contracts and Couple Therapy*, New York, Brunner/Mazel, 1976

WEITZMAN, L.J., *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981

#### Articles de revue

ALLARD, S. et AL., *Le concubinage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, « Famille », Doctrine – Document 3, Montréal, 1993

ANDERSON, T.G., «Models of Registered Partnership and their Rationale : The Institute's Proposed Domestic Partner Act» (2000) 17 *Revue Canadienne de droit familial* 89

ARNAUD, A.-J., « Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun » (1992) 20-21 *Droit et Société* 17

ASHFORD, R., «Socio-Economics : What is its Place in Law Practice?» (1997) *Wisconsin Law Review* 611

BAILEY, M., «Foreword : Domestic Partnerships» (2000) 17 *Revue Canadienne de droit familial* 11

BAILEY, M., « Le mariage et les unions libres », publiée sur le site Internet de la Commission du droit du Canada à l'adresse [www.cdc.gc.ca](http://www.cdc.gc.ca))

BALL, J.D. et L. H. HENNING, «Rational Suggestions for Premarital Counseling» (1981) 7 *Journal of Marital and Family Therapy* 69

BAURAIN, P., « La cohabitation légale : Mariage ou mirage législatif » (1998) 120 *R. du N. Belge* 618

BELLEY, J.G., « Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », (1988) 3 *Revue canadienne droit et société* 27

BELLEY, J.G., « La pratique professionnelle comme prudence politique », dans C. NÉLISSE et R. ZUNIGA (dir.), *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997, p. 45

BELLEY, J.G., « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme » (1985) 26 C. de D. 1045

BELLEY, J.G., « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat » (1991) 32 C. de D. 253

BELLEY, J.G., « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18 Sociologie et Société 22

BELLEY, J.G., « Max Weber et la théorie du droit des contrats » (1988) 9 Droit et société 281

BELLEY, J.G., « Paradigmes et innovation : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques » (1994) 9 Revue canadienne droit et société 163

BELLEY, J.G., « Réflexion critique sur la culture notariale du contrat » (1996) 1 C.P. du N. 105

BELLEY, J.G., *Résumé de la théorie du contrat relationnel de Ian R. Macneil*, Québec, 1995, [non publié]

BÉRUBÉ, L., « La médiation familiale en matière de séparation et de divorce : une nouvelle pratique à l'intersection de la relation d'aide et du droit », dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 105

BINETTE, S., *Régimes matrimoniaux et contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, « Famille », Doctrine – Document 2, Montréal, 1991

BOILY, N., « Monde en mutation, changement de valeurs? Les repères des Québécoises et des Québécois à l'aube de l'an 2000 », dans M. SIMARD et J. ALARY (dir.), *Comprendre la famille – Actes du 5<sup>e</sup> symposium québécois de recherche sur la famille*, Trois-Rivières, Presses de l'Université du Québec, 2000, p. 377

BRYANT, P.E., «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion» (1999) 47 Buffalo Law Review 1153

BUCKNER, L., et C. J. SALTS, «A Premarital Assessment Program» (1985) 34 Family Relations 513

BURMAN, D., « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité » (1990) 24 R.J.T. 461

CHAPELLE, A., « Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale » (1984) 83 Rev. tr. dr. civ. 411

CHARRON, C., « La séparation de biens comme régime légal : un essai de bilan » (1972) 74 R. du N. 307

CLAIRMONT, S., « L'avocat et la médiation », dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 129

CRETE, F., « Le notaire et la médiation familiale », dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 145

FLEISHMANN, K., «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship» (1974) 8 Family Law Quarterly 27

FORDER, C., «European Models of Domestic Partnership Laws : The Field of Choice» (2000) 17 Revue Canadienne de droit familial 371

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

GRAND'MAISON, J., « Les différents types de famille et leurs enjeux », dans B. LACROIX (dir.), *Vive la Famille*, Montréal, Éditions Fides, 1993, p. 17

GRANET, F., « Pacte civil de solidarité (PACS) Aspects comparés et internationaux », J.C.P. éd. N. 2000.I.371

HACKER, P.M.S., «Sanction Theories of Duty», dans A.W.B. SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> Series, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 131

HECQ, F., « La famille et quelques-uns de ses paradoxes » dans J. LEMAIRE, M. MOULIN et M. VAN DE MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 59

LAJOIE, A., « Contribution à l'émergence du droit : Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées » (1991) 25 R.J.T. 103

LAPIERRE, D., « Les contrats de la vie commune », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents sur l'union de fait*, Cowansville, 2000, p. 31

MACAULAY, S., «An Empirical View of Contract» [1985] 3 Wisconsin L. Rev. 465

MACAULAY, S., «Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract» (1977) 11 L. & Soc. Rev. 507

MACAULAY, S., «Non contractual Relations in Business : A Preliminary Study» (1963) 28 American Sociological Review 55

MACDONALD, R.A., «Images du notariat et imagination du notaire» (1994) 1 C.P. du N. 1

MACKAAY, E., « L'ordre spontané comme fondement du droit : un survol des modèles d'émergence des règles dans une communauté civile » (1988) 22 R.J.T. 349

MACNEIL, I.R., «The Many Futures of Contracts» (1974) 47 S. Cal. L. Rev. 691

MACNEIL, I.R., «Values in Contract : Internal and External» (1983) 78 Nw. U.L. Rev. 340

MAGUIRE SHULTZ, M., «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy» (1982) 70 California Law Review 204

MATTEI, E., « L'état matrimonial », dans J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 75

MESTRE, J., « L'évolution du contrat en droit privé français », dans *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Paris, P.U.F., 1986, p. 41

MICHAUD, C., « Le mariage et la famille : des réalités dessoudées », dans CONSEIL DE LA FAMILLE, Gouvernement du Québec, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, 1996, p. 195

MOORE, B., « L'union homosexuelle et le Code civil du Québec : de l'ignorance à la reconnaissance? », texte à paraître dans R. du B. can.

MURRAY, A., « La médiation familiale : une progression rapide » (1986) R.D.F. 319

NÉLISSE, C., « Le règlement déjudiciarisé : entre flexibilité technique et pluralité juridique » (1992) 23 R.D.U.S. 270

NOREAU, P., « Le droit et la famille : perspective sur l'amour, la contrainte et l'engagement », dans CONSEIL DE LA FAMILLE, Gouvernement du Québec, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, 1996, p. 55

OPPETIT, B., « L'engagement d'honneur », D. 1979chr. 17

RENCHON, J.L., « Mariage, cohabitation légale et union libre », dans J. POUSSON-PETIT (dir.), *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 549

ROCHE, E.M., «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans E.M. ROCHE et D. C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81

ROCHER, G., « Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles », dans J.G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 25

ROCHER, G., « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) 29 C. de D. 91

ROLLAND, L., « Les figures contemporaines du contrat » (1999) 44 R.D. McGill 903

ROY, A., « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages » (2000) 41 C. de D. 657

ROY, A., « L'intervention du notaire dans les relations matrimoniales : du contrat de mariage au contrat conjugal », dans P. CIOTOLA (dir.), *Le notariat de l'an 2000 : Défis et perspectives*, Montréal, Thémis, 1997, p. 189

SAGER, S., H. S. KAPLAN, R.H. GRUNLACH, M. KREMER, R. LENZ, et J. R. ROYCE, «The Marriage Contract» (1971) 10 Family Process 311

SCOTT, E.S. et R.E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract» (1998) 84 Va. L. Rev. 1225

UNDERWAGER, R. et H. WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans E. WINER et L. Becker (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217

### Documents divers

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, N. KASIRER (dir.), *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Yvon Blais, 1999

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Répertoire de droit*, « Famille », Formulaire – Document 1.1, Montréal, 1996

COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes – Document de discussion*, Ottawa, 2000 (également publié sur le site Internet de la Commission à l'adresse [www.cdc.gc.ca](http://www.cdc.gc.ca))

CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, *Et si on parlait des familles et des enfants... de leur évolution, de leurs préoccupations et de leurs besoins!*, Rapport 1999-2000 sur la situation et les besoins des familles et des enfants, Gouvernement du Québec, 2000

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport des régimes matrimoniaux – Notes explicatives (Loi concernant les régimes matrimoniaux)*, Québec, 1968, rapporté dans *Le manuel du notaire*, t. 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1970