

## Effets civils et organisation conventionnelle de l'union homosexuelle

Serge Allard

Volume 26, Number 2, 1985

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042671ar>  
DOI: <https://doi.org/10.7202/042671ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)  
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Allard, S. (1985). Effets civils et organisation conventionnelle de l'union homosexuelle. *Les Cahiers de droit*, 26(2), 451–470.  
<https://doi.org/10.7202/042671ar>

Article abstract

The recent Family Law Reform in Quebec makes no mention of non-traditional unions. No formal legal regime regulates the economic responsibility of homosexual partners.

The author studies the most flagrant pecuniary consequences of the inability of a homosexual couple to marry and explores the possible effects of such a union on the property rights of the partners.

A contractual agreement that does not necessarily off end public order and good morals may appear to be a solution to the aspirations of certain couples.

# Effets civils et organisation conventionnelle de l'union homosexuelle \*

---

Serge ALLARD \*\*

*The recent Family Law Reform in Quebec makes no mention of non-traditional unions. No formal legal regime regulates the economic responsibility of homosexual partners.*

*The author studies the most flagrant pecuniary consequences of the inability of a homosexual couple to marry and explores the possible effects of such a union on the property rights of the partners.*

*A contractual agreement that does not necessarily offend public order and good morals may appear to be a solution to the aspirations of certain couples.*

---

	<i>Pages</i>
<b>Introduction</b> .....	452
<b>1. Les conjugalités et la réforme</b> .....	452
<b>2. Bénéfices et inconvénients du non-mariage entre partenaires homosexuels</b> .....	455
2.1. Quant aux personnes .....	455
2.1.1. Devoir de secours et d'assistance .....	455
2.1.2. Devoir de faire vie commune .....	456
2.1.3. Devoir de respect et de fidélité .....	457
2.1.4. Égalité des partenaires .....	458
2.1.5. Grand formalisme de la dissolution (relâchement) du lien matrimonial.....	459
2.2. Quant aux biens .....	460
2.2.1. Indépendance des patrimoines .....	460
2.2.2. Reconnaissance de l'incidence de l'union des personnes sur la propriété des biens.....	461

---

\* Ce texte est le complément d'une allocution présentée le 24 septembre 1983, lors du colloque sur le thème « Homosexualité et justice » à la Faculté de droit de l'Université Laval.

\*\* Notaire, professeur au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

	<i>Pages</i>
<b>3. Recours à la convention : panacée ou chimère ?</b> .....	462
3.1. Opportunité du lien contractuel .....	463
3.2. Validité .....	464
3.3. Qualification du contrat .....	465
3.4. Contenu .....	466
3.5. Force exécutoire .....	467
3.6. Accessoires .....	468
<b>4. Reconnaissance paradoxale</b> .....	468
<b>Conclusion</b> .....	470

---

## Introduction

À première vue, il peut sembler surprenant que le législateur moderne procède à une réforme globale du droit de la famille sans manifester des préoccupations pour les formes marginales de conjugalité. On pense immédiatement aux concubins et aux couples homosexuels laissés pour compte, réduits à la clandestinité. Superbement indifférente, la récente *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*<sup>1</sup> les ignore complètement.

L'absence de législation ne permet pas de conclure hâtivement à la répression. Pourrait-elle s'avérer avantageuse? Ce bref tour d'horizon de quelques notions de droit civil portera sur les effets principaux de l'état de non-mariage du couple homosexuel et sur le cadre juridique d'une éventuelle organisation conventionnelle efficiente qui, il est cruel de le constater, ne connaît pour ainsi dire pas de précédents dans nos sociétés évoluées, permissives et pluralistes.

### 1. Les conjugalités et la réforme

La révolution culturelle des années 1960–70 a érigé des valeurs comme l'individualisme, l'autonomie et l'indépendance en principes universels et immuables. Au moment où le mariage est décrié c'est la résurgence de l'union de fait promise, quantitativement du moins, à un bel avenir<sup>2</sup>.

1. L.Q. 1980, c. 39. Certaines dispositions sont entrées en vigueur le 2 avril 1981, d'autres le 1<sup>er</sup> décembre 1982.

2. Statistique Canada prévoit qu'en 1991, un ménage sur trois vivra sa conjugalité hors mariage.

Préoccupé de cette mutation, l'Office de révision du Code civil proposait il y a quelques années une réglementation minimum permettant de « résoudre certains problèmes posés par l'union de fait »<sup>3</sup>. Ces hypothèses n'ont pas été retenues et le nouveau *Code civil du Québec* ne définit ni n'encadre la conjugalité hors mariage. Le professeur Marcel Guy résume ainsi les motifs de ce rejet<sup>4</sup> :

liberté des couples dans l'organisation de leur vie familiale, incohérence d'un système juridique qui proposerait deux régimes impératifs différents pour des personnes vivant une même vie de couple, absence d'études scientifiques au Québec sur l'importance du concubinage et sa durée moyenne dans la vie des couples, absence de contrôle administratif d'un état qu'on voudrait pourtant invoquer quotidiennement pour exercer les droits qui en découlent, moyen détourné de vivre légalement une vie de couple que des empêchements au mariage pourraient prohiber par ailleurs au nom de l'ordre public.

En refusant de légitimer, par reconnaissance directe, les formes marginales de conjugalité, le législateur contemporain aura opté pour la tradition et manifesté, une fois encore, la faveur particulière qu'il accorde au mariage.

Cette institution a, depuis longtemps et dans la plupart des civilisations, suscité un intérêt d'une extrême importance. Un auteur dresse un excellent tableau de son influence<sup>5</sup>. L'État y est particulièrement sensible, et nombreux sont ceux qui luttent désespérément contre l'union libre et l'homosexualité suivant à la lettre l'enseignement de Platon : « Pour qu'une république soit bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage »<sup>6</sup>.

Voilà sans doute pourquoi le mariage est d'une essence juridique tout aussi complexe que particulière. Il est un acte à la fois civil et religieux. Jusqu'en 1969 sa célébration relevait exclusivement des prérogatives religieuses. Le droit canon fait encore sentir ses influences en droit civil moderne. Il est indéniable ensuite que le mariage est également un contrat. C'est un accord de volonté qui engendre des effets juridiques. Il échappe à la règle du consensualisme et se pare d'un nombre impressionnant de formalités qui en accroissent le caractère solennel : acte notarié lorsque requis, soumis à la célébration, précédé et suivi de publicité, etc. On le qualifie également

---

3. *Rapport sur la famille*, 1<sup>re</sup> partie, 1974, art. 102 à 108 ; *Projet de Code civil*, (1977), *Livre de la famille*, Sec. 1, chap. VII, art. 47 à 49.

4. M. GUY, *Le dit et le non-dit du projet de loi 89*, causerie prononcée devant les anciens de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke dans le cadre de l'Assemblée générale annuelle tenue le 17 octobre 1981.

5. J. PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil, La Famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 10 à 14. Voir également : E.A. WESTERMARK, *A short history of marriage*, New York, McMillan, 1930.

6. *De legibus* 4, rapporté par PINEAU, *id.*, p. 11.

d'institution en ce qu'il représente un « groupement de personnes unies en vue de réaliser une œuvre commune et soumises à une autorité qui est, elle-même, au service de cette œuvre »<sup>7</sup>. Les intérêts individuels des membres du couple sont relégués au second plan.

Au-delà de tout effet patrimonial, plusieurs partenaires semblent opter pour l'union consacrée en raison de motifs psychologiques, religieux ou sociaux. Une étude américaine cerne les raisons qui pourraient pousser les homosexuels à rechercher le mariage plutôt que l'organisation conventionnelle<sup>8</sup>:

Most homosexuals resent being labeled as deviants. Shunned by society via social and criminal sanctions, many lose their self-respect or develop a permanent « systematic deviance ». Most homosexuals want instead to be recognized as basically normal people with particular sexual proclivities. Government has the power to influence trends in public attitudes. The present position of federal, state, and local government on homosexuality encourages hostility rather than tolerance. Legalized same-sex marriage might reasonably be viewed as an important step in changing the attitude of the general public toward homosexuals. That step could contribute to the recognition of homosexuals as a different, but not shameful, segment of society.

Le législateur québécois ne s'est pas montré sensible à cette argumentation. Les homosexuels ne sont pas autorisés à se marier entre eux<sup>9</sup>. Alors que certains pourraient sourire à l'évidence de la règle, nos voisins du sud et de l'ouest intentent des actions en justice, s'interrogent et rendent compte de leurs décisions et travaux<sup>10</sup>.

7. *Id.*, p. 15.

8. A.J. SILVERSTEIN, « Constitutional Aspects of the Homosexual's Right to a Marriage License », (1972-73) *Journal of Family Law*, p. 620.

9. On chercherait en vain dans le *Code civil du Bas-Canada*, une disposition qui prohiberait le mariage entre partenaires du même sexe. Les codificateurs de 1866 n'en ont tout simplement pas prévu l'éventualité. L'article 401 C.C.Q. qui n'est toujours pas en vigueur stipule : « Le consentement au mariage consiste dans la volonté qu'expriment un homme et une femme de se prendre pour époux ».

10. Sur le mariage homosexuel en common law : Canada : *Re North et al. and Matheson*, (1975) 52 D.L.R. 280; J. RICHSTONE, J. RUSSEL, « Shutting the Gate: Gay Civil Rights in the Supreme Court of Canada », (1981) 27 *McGill L.J.* 92. Angleterre : J.L. DWYER, « Immoral contracts », (1977) 93 *L.Q.R.* 386; T. HONORÉ, *Sex Law*, Londres, Duckworth, 1978. U.S.A. : Commentaire anonyme, « Homosexual right to marry : a constitutional test and a legislative solution », *U.Pa.L. Rev.* 128 : 193-216, N, 1979; Commentaire anonyme, « Property rights of a same sex couples : the outlook after Marvin », ((Cal) 557 P 2d 106) *Loyola, U.L. Rev.* (L.A.) 12 : 409-23 Mr 79; Commentaire anonyme, « The legality of homosexual marriage », 1973, 82 *Yale L.J.* 573; C.M. CULLUM, « Fundamental interest in the question of same-sex marriage », (1979) 15 *Tulsa L.J.* 141-163, 1979; E. VEITCH, « A comment on the homosexual challenge », *Anglo-american L. Review* 5 : 41-9 Ja-Mr 76; L.J. WEITZMAN, « Legal regulation of marriage : tradition and change », (1974) 62 *Cal. L. Rev.* 1122.

## 2. Bénéfices et inconvénients du non-mariage entre partenaires homosexuels

Quoiqu'ils puissent être contestés, les multiples effets du mariage ne sont évidemment pas toujours recherchés en vain. L'incapacité absolue des homosexuels de se marier entre eux est lourde de conséquences.

### 2.1. Quant aux personnes

#### 2.1.1. Devoir de secours et d'assistance

L'article 441 du *Code civil du Québec* impose aux gens mariés une obligation réciproque de secours et d'assistance. Ce devoir survit au lien conjugal et prend la forme, après la rupture, d'une pension alimentaire.

Le devoir d'assistance est éminemment moral et tient principalement dans l'affection, les bons soins, l'écoute et les attentions que se procurent normalement les conjoints amoureux l'un de l'autre. L'obligation au secours en est en quelque sorte la consécration, la transposition matérielle et devrait porter sur tout ce qui est nécessaire à la vie courante (logement, nourriture, vêtements, hygiène physique, formation culturelle, etc.<sup>11</sup>). Cet impératif se conjugue avec l'obligation de contribution aux charges du ménage au bénéfice évident de tous les membres de la famille<sup>12</sup>.

Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, les époux sont obligés de contribuer en proportion de leurs facultés respectives. Le législateur a cru bon d'écarter à tout jamais les dispositions contenues au contrat de mariage d'hier au terme desquelles un des conjoints (souvent le mari) s'engageait à assumer seul toutes les dépenses courantes de la famille<sup>13</sup>. Les notaires modernes avaient majoritairement anticipé la réforme et suggéraient fortement depuis quelques décennies déjà, l'utilisation de la nouvelle formule.

L'obligation de contribution n'est pas l'apanage exclusif des gens mariés. La jurisprudence québécoise a, à maintes reprises, admis qu'elle caractérisait les rapports juridiques que les conjoints de fait entretenaient entre eux<sup>14</sup>.

11. Voir : G. BRIÈRE, « Les charges du mariage », (1967) *R.J.T.* 451.

12. Art. 445 C.C.Q., « Les époux contribuent aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives. Chaque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer ».

13. Sur l'ancien régime : E. CAPARROS, « La détermination conventionnelle de la contribution des époux aux besoins de la famille », (1976) *17 C. de D.* 603.

14. F. HÉLEINE, « Les conflits entre mariage et concubinage ou la rencontre du fait et du droit », (1978) *38 R. du B.* 679 ; F. HÉLEINE, « Nouveaux propos autour des conflits entre mariage et concubinage : des solutions réalisant un heureux équilibre entre l'économique et le moral », (1980) *40 R. du B.* 463.

Nos magistrats n'hésitent plus, depuis longtemps déjà, à assimiler mariage et concubinage aux fins de faire peser sur le couple innommé une présomption d'autosuffisance délivrant ainsi l'ex-partenaire conjugal d'une pension alimentaire maintenant plaisamment partagée<sup>15</sup>.

Les décisions qui fondent l'établissement de ces règles n'ont pas soulevé directement ou indirectement la question de l'homosexualité. Il n'est cependant pas interdit de penser que le désir de justice animant les juges les conduise virtuellement à étendre la correspondance. Si le payeur d'une pension alimentaire peut être relevé parce que son ex-conjoint vit une situation qui devrait lui permettre de voir seul, avec son nouveau partenaire, aux besoins du ménage concubinaire, il ne devrait pas y avoir de différence selon que cette nouvelle union est homosexuelle ou hétérosexuelle.

On peut facilement imaginer que le couple homosexuel qui entretient des rapports affectifs intenses et cordiaux voit chacun de ses membres assister l'autre dans la poursuite des choses nécessaires à la vie. C'est à la rupture que les problèmes les plus aigus se manifesteront. L'union homosexuelle peut-elle fonder le droit à une pension alimentaire? La loi n'en prévoit aucune. Nous verrons que s'il est possible d'en disposer par convention, il subsisterait des doutes quant à l'exécution forcée de telles dispositions contractuelles.

### 2.1.2. Devoir de faire vie commune

L'ancien article 175 du *Code civil du Bas-Canada* donnait au mari le pouvoir de choisir unilatéralement la résidence familiale et obligeait les époux à y cohabiter. Le *Code civil du Québec* édicte dorénavant que les conjoints doivent choisir de concert leur résidence principale<sup>16</sup> et leur impose de faire vie commune<sup>17</sup>.

Il est permis aujourd'hui de s'interroger sur la différence éventuelle entre « cohabiter » et « faire vie commune ». On a soutenu<sup>18</sup> que le nouveau concept était moins restrictif, que la vie commune pouvait être établie par conjugaison des éléments matériels et intentionnels. Il serait alors possible aux époux de se soumettre à la règle impérative tout en entretenant des résidences distinctes<sup>19</sup>.

15. *Lajoie c. Therrien*, [1971] C.A. 493; *Thibodeau c. Dame Delisle*, [1975] C.A. 383; *Michaud c. Bernier*, [1976] C.A. 469.

16. Art. 444 C.C.Q.

17. Art. 441 C.C.Q.

18. M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Éd. Thémis, 1984, p. 184.

19. *Contra*: J. PINEAU, *supra*, note 5, p. 83.

Nombre de jeunes couples marginaux ont proclamé, ces dernières années, qu'ils tentaient de rechercher et d'éprouver des alternatives à la cohabitation constante sans compromettre pour autant le caractère privilégié de leurs relations.

On pourrait admettre que deux homosexuels puissent rechercher volontairement les effets d'un cadre normatif communautaire sans partager inlassablement une seule et même résidence. Le critère de vie commune ne devrait être déterminé alors qu'à partir de cette conjugaison d'éléments matériels et intentionnels, non à partir d'une seule et superficielle manifestation extérieure.

Mais le couple non marié n'est assujéti à aucun de ces devoirs. Lorsque deux personnes souhaiteront établir entre elles des conventions destinées à organiser leur communauté d'intérêts, elles seront les seules à déterminer la nature des transpositions matérielles de leur affection mutuelle. Elles prévoiront habituellement que la seule volonté d'une des parties de mettre fin à la convention sera l'élément déclencheur appelant l'application des mécanismes de dissolution y prévus.

### 2.1.3. Devoir de respect et de fidélité

La fidélité est la quintessence du mariage. Il n'est pas souhaitable que les conjoints soient « sensibles aux vertiges passagers et à l'égarément des sens ». Certains auteurs ont distingué trois sortes d'infidélité : matérielle (rapports sexuels), morale (intrigues amoureuses), biologique (hétéro-insémination sans le consentement du mari)<sup>20</sup>. L'article 441 du *Code civil du Québec* innove en ajoutant que les époux se doivent en plus un respect mutuel.

Il apparaît impensable, juridiquement, d'obliger au respect et à la fidélité en dehors des liens du mariage. D'ailleurs, la seule volonté permettant de mettre un terme à l'union, nul besoin d'en rechercher la terminaison par manquement à ces devoirs fondamentaux.

Il en est autrement dans le mariage qui est une institution protégée par la Morale et encadrée par l'État. La rupture de l'union est tout aussi réglementée que sa constitution. Depuis 1969, on a beaucoup avancé dans la reconnaissance législative de l'impérieuse nécessité de ne pas perpétuer ni cultiver le mépris et la cruauté qu'engendre le non-respect de ces devoirs élémentaires. On accepte maintenant volontiers de conclure à l'éché

---

20. MARTY & RAYNAUD, *Droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1976, rapporté par M. OUELLETTE, *supra*, note 18, p. 183.

matrimonial<sup>21</sup> et on réalise, souvent sereinement, la cruelle vérité de l'adage « qui a compagnon a maître ». Puisqu'il en faut, le manquement à l'obligation de fidélité donne ouverture juridiquement à la dissolution du mariage. Il n'est pas certain toutefois que le manque de respect au conjoint constitue une cause juridique valable permettant d'obtenir le divorce. Cela pourrait sans doute entrer dans la définition de cruauté qui en permet la poursuite.

On peut concevoir que des personnes assument la spécificité de pulsions sexuelles marginales tout en nourrissant l'espoir d'une fidélité mutuelle. Nul devoir ne leur est imposé. Jamais une insertion législative ou expression formelle ne pourrait avoir, à cet égard, la prétention d'offrir une garantie. Si ces obligations, découlant du mariage, existent pour permettre de trouver une cause juridique au divorce, les conjoints homosexuels échappent au fardeau de dévoiler au grand jour les vicissitudes de leur intimité pour mettre un terme à leur union.

#### 2.1.4. Égalité des partenaires

Les homosexuels, n'étant pas unis en droit autrement que par une éventuelle convention, sont égaux entre eux et devant la loi comme s'ils étaient de purs étrangers. Chacun est entièrement libre d'exercer ses droits personnels et de gérer ses biens comme il l'entend. Ce qui ressemble étrangement (quant aux droits personnels du moins) à la situation des gens mariés.

Au lendemain de la réforme, le ministre de la Justice était heureux d'annoncer qu'elle établissait dorénavant une parfaite égalité entre les partenaires conjugaux. C'en était fait de la rutilante prédominance des pouvoirs du mâle de l'espèce et de l'aliénante incapacité de la femme mariée<sup>22</sup>. Le régime matrimonial de la communauté de biens, moulé dans des techniques de subordination de la femme<sup>23</sup>, disparaissait<sup>24</sup> pendant qu'on entrait de plein pied dans l'ère de la cogestion de la famille.

21. Statistique Canada annonçait récemment qu'il y avait au Canada 500 fois plus de divorces maintenant qu'en 1969. En 1982 il y a eu au Québec, 38 000 mariages pour 21 000 divorces... un record.

22. Art. 441 C.C.Q. : « Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations ».

23. Pour employer la qualification de E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur/SOREJ, 1981.

24. Quoiqu'abrogée au 2 avril 1981, la communauté de biens subsiste parce que plusieurs y sont encore assujettis. Elle est juxtaposée au régime primaire qui la contredit en plusieurs points et doit primer dans son application. Art. 440 du *Code civil du Québec*.

### 2.1.5. Grand formalisme de la dissolution (relâchement) du lien matrimonial

Outre la mort naturelle, on ne peut rechercher la dissolution ou le relâchement du lien matrimonial que par le divorce ou la séparation de corps.

Appelée fréquemment « le divorce des catholiques », la séparation de corps permet aux époux d'être relevés de l'obligation de cohabiter ou de faire vie commune tout en maintenant le lien matrimonial. Le premier décembre 1982 marque l'entrée en vigueur du deuxième volet de la réforme du droit de la famille ; d'autres dispositions de la loi que nous avons abordées entrent en vigueur en même temps que la *Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille et modifiant le Code de procédure civile*<sup>25</sup>. L'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions change radicalement le régime de la séparation de corps. Le formalisme est diminué, les règles simplifiées. On croit arriver à « réduire l'acrimonie entre les parties en permettant des demandes conjointes et en favorisant le recours à la conciliation », à « réduire le degré d'exposition de la vie privée familiale », à « mieux assurer les droits des parties en favorisant leur implication à tous les stades de la procédure »<sup>26</sup>.

Jusqu'à cette date, la séparation de corps ne pouvait être obtenue que pour l'une des causes prévues par le *Code civil* (adultère, excès, sévices, injures graves, refus de pourvoir). L'article 525 du *Code civil du Québec* prévoit maintenant que la séparation de corps est prononcée lorsque la volonté de vie commune est gravement atteinte. Le nouveau motif autour duquel s'articule la demande est plus large. L'innovation la plus appréciable consiste en l'opportunité de présenter une demande conjointe en séparation de corps avec projet d'accord<sup>27</sup>. Cette procédure prend sa source dans l'article 527 C.C.Q. Les époux n'ont qu'à soumettre à l'appréciation du tribunal un projet d'accord qui règle les conséquences de leur séparation sans avoir à faire connaître la cause de leur rupture.

La simplification des procédures ne s'applique pas au divorce pour des motifs d'ordre constitutionnel<sup>28</sup>. Plus populaire, il se distingue de la séparation de corps parce qu'il met fin définitivement au mariage. Il a

---

25. L.Q. 1982, c. 17.

26. M.J. LONGTIN, « La réforme du droit de la famille et la procédure civile en matière familiale », (1982) *C.P. du N. 1*.

27. Art. 822 à 822.5 du *Code de procédure civile*.

28. Voir notamment : R. PÉPIN, « La validité plus que douteuse de la "loi portant réforme du droit de la famille" », (1982) 13 *R.G.D.* 141.

souvent été souligné qu'il était long, difficile et coûteux de l'obtenir. Sans parler des conditions pénibles dans lesquelles il est souvent réalisé<sup>29</sup>.

Les conjoints homosexuels n'ont pas à subir les affres de ces interminables procédures publiques. Ils ne sont pas exempts de mésententes mais le régime contractuel proposé porte en lui des mécanismes régulateurs qui sauront fréquemment dissoudre les conflits sans recourir au tribunal.

## 2.2. Quant aux biens

Les conjoints homosexuels exercent leurs droits personnels distinctement. Doit-on en conclure que leurs biens ne doivent alors jamais être confondus ?

### 2.2.1. Indépendance des patrimoines

À première vue, leurs patrimoines sont totalement séparés. Voilà une situation que plusieurs personnes mariées risquent de leur envier. En effet, la majorité des Québécois se mariaient sous le régime de la séparation de biens<sup>30</sup>. On peut penser qu'ils étaient séduits, au moment d'exercer leur choix, par l'esprit séparatiste du régime. Certains ont prétendu que la popularité de la séparation de biens au Québec tenait davantage des conseils subjectifs que les notaires, fascinés par l'étonnante simplicité de ses règles, prodiguaient aux futurs époux en consultation. C'est peut-être vrai. Il en reste cependant quelques-uns qui sont assoiffés d'autonomie et entendent gouverner leurs biens en solitaires. Malheureusement pour eux, ce régime a subi de nombreuses transformations qui font dire au professeur Caparros que « la séparation absolue n'existe plus dans notre droit... »<sup>31</sup>. Cette opinion est fondée sur la récente création d'un régime primaire<sup>32</sup> (protection de la résidence familiale, des meubles affectés à l'usage de la famille, solidarité des dettes domestiques), et d'une prestation compensatoire<sup>33</sup>.

29. Le Conseil du Statut de la Femme ne s'est pas gêné pour dénoncer fréquemment la pratique de plusieurs avocats en matière de divorce : C. BONENFANT, *L'avocat, quelqu'un à qui on peut parler... peut-être*. Allocution présentée à la Semaine de l'avocat, organisée par le Jeune Barreau du Québec, 26 mars 1982.

30. 54%, sondage par le magazine *Justice*, vol. 2, mars-avril, 1980. Voir également : M. RIVET, « La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970 », (1974) 15 C. de D. 613.

31. E. CAPARROS, Rapport soumis au ministère de la Justice du Québec, Montréal, le 24 février 1981, p. 24, (document non publié).

32. Art. 441 à 462 C.C.Q.

33. Art. 439, 459, 533, 559 du *Code civil du Québec*, 735(1) du *Code civil du Bas-Canada*. En vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1982.

Voilà un avantage au bénéfice du couple homosexuel qui a le défaut de ses qualités. La jurisprudence a bel et bien démontré que la réalité est tout autre. On ne peut légitimement être assoiffé de séparatisme patrimonial que lorsque chaque associé est indépendant financièrement et a une carrière qui lui permet d'envisager son avenir matériel avec sérénité.

On est loin du jour où cesseront de se perpétuer les rapports dominants-dominés dans le couple. Les homosexuels n'y échappent pas. Il n'est pas rare là aussi que l'un dépende de l'autre dans l'acquisition des choses nécessaires à la vie courante. Il arrive dans un couple qu'une personne se consacre, à l'exclusion de l'autre, aux ingrates tâches domestiques, consentant de ce fait à annihiler temporairement son autonomie financière.

C'est au jour de la rupture et parce qu'un partenaire privilégie son intérêt personnel à celui de l'entreprise affective en faillite que l'association autrefois hilarante perd à jamais tout air de volupté. Chacun cherche alors à récupérer son bien. Le partage de certains effets s'effectuera aisément parce qu'ils seront la propriété exclusive de l'un en vertu d'un titre clair. Ce sera le cas des immeubles acquis avant ou pendant le ménage. Les biens meubles auront été achetés indifféremment, sans cohérence, par l'un ou par l'autre, payés en parts inégales et jamais identiques. Quelques-uns garniront le domicile commun, d'autres non.

Les problèmes commencent. Qui les a achetés ? Qui les a payés ? Qui les a utilisés ? Est-ce que la possession commune appelle inéluctablement la copropriété ? Est-ce que la preuve du paiement, sans titre, peut seule justifier la propriété exclusive ? Autant de questions sans réponses immédiates et auxquelles il faudra bien trouver une solution.

### **2.2.2. Reconnaissance de l'incidence de l'union des personnes sur la propriété des biens**

Alors que les gens mariés sous le régime de communauté de biens ou de la société d'acquêts se partagent lors de la rupture les biens destinés à l'être, les concubins et conjoints homosexuels ne peuvent pas, du seul fait de leur union, espérer le partage systématique des biens de la « famille ». Ils ne sont pas les seuls. Les époux séparés de biens ont souvent tenté de faire établir par les tribunaux des mécanismes destinés à tempérer la rigueur séparatiste de leur régime. La Cour d'appel s'est déjà montrée implacable<sup>34</sup> :

Je casserais donc cette partie du jugement qui condamne l'ex-mari à payer à son ex-épouse la somme de 25 000,00 \$ en retour de son « apport à l'économie

---

34. *Lévesque c. Faguy*, [1978] C.A. 376, M. le juge Mayrand à la p. 379 ; au même effet, *Lebrun c. Rodier*, [1978] C.A. 380.

familiale ». La déception et la frustration de l'intimée se comprend aisément. Mais la loi, telle qu'elle existe présentement, ne permet pas de corriger les effets inévitables du régime conventionnel de séparation de biens. Si l'intimée l'a choisi plutôt que de s'en tenir au régime légal, c'est qu'elle y trouvait des avantages ; elle doit aussi en accepter les inconvénients.

Les concubins ont donc essayé à plusieurs reprises, au Québec comme dans les autres provinces canadiennes, de faire apparaître un brin de communisme là où une loi pourtant précise n'en prévoyait aucun. Il est inutile de faire ici la recension de ces jugements. Certains auteurs ont déjà rapporté plusieurs arrêts fort intéressants<sup>35</sup>. Trois avenues ont été tracées jusqu'à maintenant : l'existence d'une société de fait ou *sui generis*, implicite entre les parties, l'enrichissement sans cause d'un conjoint au détriment de l'autre et, occasionnellement, l'utilisation du conjoint comme prête-nom ou théorie de la simulation<sup>36</sup>.

Les décisions des tribunaux de toutes les instances sont tantôt favorables, parfois hostiles, de telle sorte qu'il est difficile d'indiquer une tendance majoritaire. La Cour suprême du Canada vient de rendre un important jugement<sup>37</sup> où elle reconnaît l'existence d'une société entre concubins, ordonne le partage des biens mais invite à la réserve quant à la tentative d'en universaliser les effets. Le juge Lamer écrit<sup>38</sup> :

En dernier lieu, je crois opportun de faire une mise en garde contre le danger de conclure trop facilement à l'existence d'une société tacite dans le but louable j'en conviens, de réparer l'injustice qui résulte de la situation dans laquelle se trouvent souvent placés les concubins.

On peut conclure de cette invitation que le débat reste ouvert. Alors que nous ne pouvons retracer aucun jugement semblable concernant des conjoints homosexuels, en Californie un jeune homme qui affirme avoir partagé la vie et entretenu une relation homosexuelle avec Liberace pendant six ans, a introduit devant un tribunal de Los Angeles une poursuite de six millions contre le célèbre pianiste.

### 3. Recours à la convention : panacée ou chimère ?

La complicité et l'affection mutuelle constituent le ciment des relations personnelles. Ces qualités ne suffisent pas toujours et la complexité de

35. Notamment : G. BRIÈRE, R. GAUDREAU, « Litiges entre conjoints de droit et de fait », (1982-83) *C.F.P.B.Q.* Vol. 2, p. 153 à 159 ; R. COMTOIS, « La liquidation de la séparation de biens », (1981) 84 *R. du N.* 34, p. 46 à 48.

36. Voir également *Simard c. Gourde*, [1979] C.A. 272 où le tribunal rejette une action fondée sur la faute délictuelle dans la manière de mettre fin au concubinage.

37. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2.

38. *Id.*, p. 17.

certain types de relations matérielles ou pécuniaires entre conjoints homosexuels peut ordonner la recherche d'une association domestique patrimoniale. Assurément les parties ne peuvent prétendre établir un contrat de mariage<sup>39</sup>. Les conventions que le droit autorise prendront plutôt l'allure de « domestic partnership » ou « advance planning ». Mais à qui les offrir et comment les faire ?

### 3.1. Opportunité du lien contractuel

Est-il antinomique de vivre une conjugalité hors mariage, en marge des lois, en revendiquant une protection contractuelle ? Plusieurs jeunes couples ont délibérément rejeté le mariage pour des motifs qui n'ont rien à voir avec la rationalité juridique<sup>40</sup>. Quant aux partenaires homosexuels, la question ne se pose pas. Le mariage leur est défendu et ils ne peuvent donner à leur union que les effets autorisés.

Un régime contractuel de type communautaire pourrait être souhaité par les parties lorsque l'une d'elles est économiquement dépendante de l'autre. C'est la situation de celle qui se consacre exclusivement à l'accomplissement des tâches ménagères, qui est sans emploi ou incapable de se voir octroyer des rémunérations suffisantes pour satisfaire ses besoins. Un couple composé de partenaires bien nantis et dont la situation matérielle est fort complexe pourrait estimer profiter davantageusement de cet élémentaire instrument de planification.

Plusieurs seront convenablement servis par une quête d'informations préalables aux transactions et engagements les plus importants. L'acquisition du domicile commun des parties peut tenir du régime de la copropriété indivise<sup>41</sup>. Un conjoint peut envisager verser un salaire à l'autre, compenser son apport autrement ou encore lui faire des donations lorsque les circonstances le justifient<sup>42</sup>.

---

39. Pas plus qu'elles ne pourraient adopter conventionnellement un régime matrimonial. Ceux-ci n'existant qu'au bénéfice des époux en raison du caractère privilégié du mariage.

40. Pour une étude des choix intellectuels et moraux des jeunes couples non mariés : J. LAZURE, *Le jeune couple non marié*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1975.

41. Lequel est, en droit civil québécois, totalement inorganisé. Il existe cependant là aussi un embryon de régime contractuel. Voir : M. DESCHAMPS, « Vers une approche renouvelée de l'indivision », (1984) 29 *McGill L.J.* 215 ; G. DUCHARME, « Copropriété et indivision », (1979) *C.P. du N.* 29 ; R. GRENIER, D. LACROIX, « Alternatives à la copropriété par déclaration », 86 *R. du N.* 132, 295.

42. Les incidences fiscales seront nombreuses.

### 3.2. Validité

Le *Code civil* en vigueur au Québec affirme la liberté contractuelle et ne la limite qu'au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs<sup>43</sup>. Cette liberté a déjà été fortement critiquée<sup>44</sup>. La conjugalité homosexuelle offense-t-elle l'ordre public et les bonnes mœurs ? Mais qu'est-ce que l'ordre public et les bonnes mœurs ? Mignault, pourtant fort loquace, se contente de dire que « ces choses se sentent plus qu'on ne les définit »<sup>45</sup>. Trudel soutient que ces notions sont basées sur la morale chrétienne<sup>46</sup>. Plusieurs auteurs ont tenté de les cerner, et d'en suggérer la définition<sup>47</sup>.

Deux éléments sont d'importance capitale : ces notions, variables dans le temps et dans l'espace, sont appréciées par le juge saisi du litige ; la nullité absolue guette la convention qui y déroge.

Chaque situation est analysée dans le respect de ses particularismes et c'est le juge qui apprécie et sanctionne la notion de bonnes mœurs depuis ses propres conceptions<sup>48</sup>. Il y a place à une grande subjectivité.

Le concubinage et les « conventions matrimoniales » entre concubins n'offensent plus la Morale et la société n'a plus à les redouter<sup>49</sup>. La réforme du droit de la famille a coulé le dernier galion assurant la défense de la forteresse<sup>50</sup>. Est-ce à dire que le législateur moderne entend dissocier l'ordre public et les bonnes mœurs en droit civil, de leur modèle chrétien ? On connaît la vigueur avec laquelle l'Église prohibe encore les relations pré-conjugales et homosexuelles<sup>51</sup>.

43. Art. 13, C.C.B.C.

44. G. TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 217 à 234.

45. P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, tome I, Montréal, C. Théorêt, 1895, p. 121.

46. G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, tome I, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 88.

47. L.E. TRAKMAN, « The effect of illegality in the law of contract : suggestions for reform », (1977) 55 *R. du B. Can.* 625. Les criminologues et pénalistes cherchent également à définir la notion de morale. Voir : E.A. FATTAH, A. NORMANDEAU, « Le droit pénal, la morale et le public québécois », (1970) 5 *R.J.T.* 5 où l'on trouve une analyse sur la tolérance de certains groupes cibles à l'égard de l'homosexualité. Il n'est pas évident que les conclusions issues du droit criminel s'imposent en droit civil.

48. J.L. BAUDOIN, *Les obligations*, Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 1983, p. 69.

49. M. GUY, « Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89 », (1981) *C.P. du N.* 157 ; J. SYLVESTRE, « Les accords entre concubins », (1981) *C.P. du N.* 195.

50. Art. 768, C.C.B.C.

51. Le pape Jean-Paul II rappelait à 23 évêques américains en visite à Rome que « l'évêque compatissant doit proclamer l'indissolubilité du mariage et l'incompatibilité entre les rapports sexuels préconjugaux et l'homosexualité d'une part, le dessein de Dieu pour l'amour humain d'autre part, tout en cherchant de toutes ses forces à aider ceux qui doivent affronter des choix moraux difficiles. » Source : *La Presse*, 6 septembre 1983, p. C-13.

Reste à savoir si l'homosexualité elle-même ne risque pas d'être attaquée. Notre société a déjà posé des choix et adopté des lois pour en décriminaliser la pratique<sup>52</sup> et interdire la discrimination qu'elle pourrait susciter<sup>53</sup>.

Un contrat ne peut ensuite être tenu pour valable que s'il a une cause et un objet licite<sup>54</sup>. Un auteur anglais<sup>55</sup> fait remarquer judicieusement que l'écrit par lequel une personne consent à s'acquitter d'une obligation, alimentaire ou autre, en échange de services sexuels serait invalide. Les homosexuels, pas plus que les gens mariés, ne font nécessairement commerce de leur sexe. La convention a comme seul objectif de régler les problèmes matériels posés par la propriété commune des biens et l'assujettissement aux dettes du ménage. Elle sera conçue et rédigée comme intervenant entre personnes assumant déjà une conjugalité et dans le seul but de disposer de ses aspects pécuniaires. S'il n'y a aucune évidence de lubricité il ne faudrait pas que l'entente apparaisse comme constitutive de rapports à dimension sexuelle. On pourrait alors prétendre, à la limite, qu'il s'agit d'un engagement à la prostitution<sup>56</sup>.

### 3.3. Qualification du contrat

Après une longue valse d'hésitations, la doctrine et la jurisprudence ont reconnu la validité des sociétés entre époux et concubins<sup>57</sup>. Nous sommes préoccupés maintenant par la qualification du pacte domestique entre homosexuels.

Peut-il s'agir d'une société telle que régie par le *Code civil du Bas-Canada*? L'intérêt de cette qualification peut être démontré en établissant deux éléments primordiaux. Le contrat (écrit ou verbal) entre les parties peut volontairement ou en raison d'une négligence, s'avérer incomplet. S'il est reconnu qu'il s'agit d'une société du *Code civil* on en disposera à partir des

---

52. *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, c. 38.

53. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

54. Art. 984, C.C.B.C.

55. T. HONORÉ, *supra*, note 10, p. 45.

56. Telle était la défense de Betsy Bloomingdale à l'encontre de la poursuite intentée par Vicky Morgan contre la succession de son ex-amant Alfred Bloomingdale propriétaire du grand magasin de luxe new-yorkais.

57. Y. DEMERS, *Les sociétés*, notes de cours, diplôme de droit notarial, Chambre des notaires du Québec, Montréal, janvier 1980, p. 95; F. HÉLEINE, « Le contrat de société entre époux : d'hier à aujourd'hui », (1980-81) 15 *R.J.T.* 357; L. MARCEAU, « Le contrat de société entre mari et femme », (1959) 19 *R. du B.* 153; J. SMITH, « Le contrat de société en droit québécois », (1979) 82 *R. du N.* 123; H. TURGEON, « Société entre époux », (1949-50) 52 *R. du N.* 299.

solutions législatives. Il est tenu pour certain maintenant que la société a une personnalité morale. Elle peut même posséder des biens<sup>58</sup> ce qui n'est pas sans conséquences notamment lors de la dissolution<sup>59</sup>.

Plusieurs ont vu le pacte concubinaire comme une société *sui generis* : un contrat innommé, non régi par le *Code civil*, ne répondant qu'à ses règles propres et à l'intention de ceux qui l'ont prémédité. D'autres ont soutenu qu'au-delà de ce qui est ordinairement requis, un contrat de société ne peut être constitué s'il manque l'intention de réaliser un bénéfice commun, un profit<sup>60</sup>. C'est l'*affectio societatis*. La Cour d'appel s'est prononcé<sup>61</sup> et avait même statué que la seule copropriété d'un immeuble n'est pas suffisante pour constituer une société<sup>62</sup>.

L'arrêt précité *Beaudoin-Daigneault c. Richard* contient une étude fort intéressante de la question. Ayant à évaluer l'existence d'une société implicite entre deux concubins dont un seul avait acquis une entreprise agricole pour y loger la famille, le juge Lamer recherche l'*affectio societatis* et confirme de ce fait l'importance de ce critère dont l'impérieuse nécessité d'en faire la preuve risque de disqualifier bon nombre de ménages.

Il n'est pas certain que la relation conjugale hors mariage, homosexuelle ou autre, satisfasse cette exigence. Les parties, comme les rédacteurs, seraient plus avisées de considérer ces conventions comme des contrats innommés et de les constituer avec le plus grand soin.

### 3.4. Contenu

En conséquence de ce qui vient d'être dit, nous croyons qu'une entente visant à établir un régime de type communautaire pourrait porter sur les points suivants :

- La formation de toute forme d'association ou copropriété que les conjoints envisagent d'établir entre eux ;
- Introduction de dispositions spécifiant le sort des biens acquis pendant ou avant l'union ;
- Stipulation de donations, entre vifs, dans le respect des règles particulières du formalisme des donations ;
- Prévision des modalités de la rupture notamment quant à la propriété et à l'usage des biens ;

---

58. Y. DEMERS, *ibid.*, p. 17.

59. Voir : J. SMITH, « La fin de la société en droit civil québécois », (1982) 84 *R. du N.* 439.

60. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 45, tome 8, p. 185.

61. *Bourboin c. Savard*, (1926) 40 B.R. 68.

62. *Barette c. Denis*, (1926) 41 B.R. 435.

- Établissement d'une prestation compensatoire convenue d'avance sur une base volontaire dans l'éventualité d'une contribution de l'un par son fait, à l'enrichissement de l'autre ;
- Obligation au versement d'une pension alimentaire dans les conditions et pour les causes prévues au contrat ;
- Recours à un arbitre pour régler, sans grand formalisme, les conflits que pourrait poser l'application de cette convention.

Des formulaires ont déjà été proposés dans des juridictions de common law<sup>63</sup>. Des notaires québécois font également leurs suggestions<sup>64</sup>.

### 3.5. Force exécutoire

Aux conférences données à la session des cours de perfectionnement de la Chambre des notaires du Québec, deux confrères ont eu l'occasion de se prononcer sur le caractère exécutoire des conventions faites entre concubins<sup>65</sup>. Ils sont d'accord pour l'essentiel mais ne s'entendent pas sur les effets de la pension alimentaire prévue au contrat.

Jean Sylvestre ne pose aucune objection. Marcel Guy s'exprime en ces termes<sup>66</sup> :

Il ne s'agit certainement pas d'une donation entre vifs et, s'il est vrai que la notion d'obligation naturelle empêche la répétition de ce qui a été volontairement acquitté, elle ne donne pas de recours aux créanciers pour ce qui n'a pas été volontairement acquitté (C.C.B.C. art. 1140). Il faut donc dans cette hypothèse, compter uniquement sur l'exécution volontaire d'un tel engagement.

Il ne peut s'agir d'une donation, l'élément intentionnel de libéralité faisant défaut. Le « donateur » n'est pas désintéressé<sup>67</sup>.

Une obligation naturelle existe lorsque la personne n'est pas liée en droit et s'exécute volontairement estimant l'être en conscience par délicatesse ou honneur<sup>68</sup>. Il est clairement établi en droit que l'obligation naturelle peut

63. Dans : J. KEENE, « Domestic contracts between cohabiting couples », (1978) 1 *Can. J. Fam. L.* 477 ; L.J. WEITZMAN, *supra*, note 10.

64. S. ALLARD et al., « Le concubinage », *Les cahiers de la direction de la recherche et de l'information de la Chambre des notaires du Québec*, (Référence précise non disponible au moment d'aller sous presse, publication prévue pour mars 1985).

65. *Supra*, note 49.

66. *Supra*, note 49, p. 165.

67. G. BRIÈRE, *Les libéralités*, Ottawa, Éd. de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 37.

68. A. PERREAULT, « Obligation naturelle, devoir moral ou de conscience », (1942) 2 *R. du B.* 171 ; M. CARON, *La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1952, tome VII, Montréal, Eugène Doucet, 1956, p. 885.

servir de fondement juridique à un engagement civil véritable<sup>69</sup>. On enseigne par ailleurs<sup>70</sup> qu'une obligation alimentaire peut valablement naître d'une convention.

La « pension alimentaire », dans le contexte qui fait l'objet de cette étude, sera souvent perçue par ceux-là même qui l'ont revendiquée comme une indemnité que l'un aura accepté, par convention, librement, d'octroyer à l'autre au jour de la rupture, du fait qu'il a profité des avantages que constituait l'exécution, par l'ex-partenaire, du travail domestique, cause de la perte de la capacité d'assumer pleinement ses besoins économiques. Un excès de « juridisme » pourrait conduire à mépriser cette volonté.

Nous croyons que ces conventions sont et doivent être reconnues comme exécutoires.

### 3.6. Accessoires

Cette convention pourrait comprendre ou être assortie d'un mandat ou procuration permettant à l'un de représenter l'autre dans la conduite ordinaire des affaires du ménage. Ces délégations de pouvoir sont fréquemment utilisées et le législateur l'a compris jusqu'à les insérer dans le droit civil familial depuis longtemps.

Les conjoints homosexuels ne sont pas héritiers l'un de l'autre. La plus élémentaire prudence recommande qu'ils s'instituent héritiers réciproquement. Cette disposition ne peut être incluse au contrat ; le testament mutuel dans un acte unique est nul en droit québécois.

## 4. Reconnaissance paradoxale

Le droit civil s'intéresse principalement aux relations juridiques que les conjoints entretiennent entre eux. Le couple homosexuel, ignoré par le *Code civil*, ne s'intéresse pas moins aux rapports qu'il peut avoir avec le reste de la communauté juridique. Ses membres paient des impôts. Est-il possible à deux conjoints homosexuels de faire reconnaître leur union au point de bénéficier des avantages que les dispositions statutaires accordent aux gens mariés ?

---

69. Voir notamment, J.-L. BAUDOIN, et l'abondante jurisprudence qu'il rapporte, *supra*, note 48, p. 29.

70. J. PINEAU, *supra*, note 5, p. 262.

Il existe de nombreuses lois, principalement dans le secteur de l'aide sociale et des régimes universels de rentes et de prestations<sup>71</sup>, qui examinent à la loupe la situation du justiciable avant de lui octroyer leurs largesses. Ces dispositions fédérales ou provinciales reconnaissent leurs faveurs aux gens mariés. Elles acceptent de sanctionner un concubinage s'il satisfait, dans sa spécialité, à une cascade de critères dont le moins qu'on puisse dire c'est qu'ils sont d'utilisation incohérente.

Des auteurs ont répertorié les caractéristiques constitutives de conjugalité<sup>72</sup>. François Héleine dégage trois éléments indispensables : la vie commune, le comportement conjugal et l'absence de lien de droit matrimonial. À ces critères minimum, sans lesquels les concubins ne peuvent espérer être considérés comme conjoints aux fins de l'application de ces lois, on peut en ajouter d'autres provenant de dispositions diverses : différence de sexe entre les partenaires, présence de rapports sexuels, notoriété ou commune renommée, continuité ou stabilité<sup>73</sup>.

La *Loi sur l'assurance automobile*, pour ne prendre qu'un exemple, ne contient pas de dispositions permettant à un homosexuel de recevoir en cas de décès accidentel de son partenaire la rente du conjoint survivant, quand bien même le couple satisferait les éléments de définition de la conjugalité.

On a fait remarquer que ces lois font preuve, sans logique apparente, d'un parti pris parfois favorable, ailleurs hostile à l'assimilation du concubinage au mariage. Ces différences de traitement prendraient leur source dans des volontés administratives ou politiques avant de s'inspirer des règles les plus élémentaires de la justice<sup>74</sup>.

Cette « ouverture » au concubinage est récente et imparfaite. Le phénomène connaît une amplitude galopante. Les couples homosexuels n'ont pas encore su tirer profit de cette brèche offerte aux partenaires hétérosexuels. Cela risque de se produire dans un avenir rapproché<sup>75</sup>. Il n'est cependant pas

71. Quelques-unes : *Régime de pension du Canada*, S.R.C. 1970, c. C-1; *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.R.C. 1970, c. O-6; *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, c. 48; *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., c. A-16; *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q., c. A-25; *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., c. A-14; *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., c. A-29; *Loi sur les normes du travail*, L.Q., 1979, c. 45 et leurs modifications.

72. M. CASTELLI, « La notion de famille et son impact en droit social », (1981) 22 *C. de D.* 5; F. HÉLEINE, « Le concubinage, institution à la merci des politiques législatives des différents départements ministériels », (1980) 40 *R. du B.* 624, p. 644.

73. F. HÉLEINE, *id.*, p. 621 à 631.

74. *Id.*, p. 650.

75. Le journal *La Presse* rapportait le 4 mai 1983 qu'en France un couple lesbien avait été « reconnu par inadvertance » aux fins de l'application de la loi française d'aide sociale.

évident que le bilan, dans l'hypothèse d'une reconnaissance, démontre un avantage marqué qui conduise à revendiquer férocement l'assimilation.

Une chose est certaine : il existe un mouvement irréversible d'assimilation du concubinage au mariage. Il sera de plus en plus difficile pour l'État de refuser d'y intégrer la conjugalité homosexuelle<sup>76</sup>.

### Conclusion

Les homosexuels n'ont pas le choix. Ils ne peuvent se marier entre eux. Pourrait-il s'agir d'une forme plus achevée de répression ? Les principaux intéressés n'osent souvent se faire entendre. Dans une société où toute déviance est encore tenue pour suspecte, on peut comprendre leur intérêt à conserver l'anonymat. Mais devant l'absence de revendications précises on ne devra pas s'étonner de ce que nos gouvernements hésitent à intervenir par défaut de bien connaître leurs attitudes, comportements et volontés<sup>77</sup>.

---

76. Sur l'intérêt pour l'État de reconnaître le mariage entre homosexuels, voir *supra*, note 8, p. 624-633.

77. Pour une étude des attitudes et comportements des homosexuels : A.P. BELL, M.S. WEINBERG, *Homosexualités : un rapport officiel sur les comportements homosexuels masculins et féminins par l'Institut de recherche fondé par Alfred C. Hinsey*, Paris, A. Michel, 1980 ; S.W. MEAD, *Men loving Men : a phenomenological exploration of committed gay relationships*, thèse de doctorat, California School of Psychology, 1979.