

QU'AVEZ-VOUS FAIT DE MON CONTRAT DE MARIAGE ? JE L'AI RÉINVENTÉ !

Alain ROY

Volume 115, Number 2, 2013

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044725ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044725ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

ROY, A. (2013). QU'AVEZ-VOUS FAIT DE MON CONTRAT DE MARIAGE ? JE L'AI RÉINVENTÉ ! *Revue du notariat*, 115(2), 307–362.
<https://doi.org/10.7202/1044725ar>

QU'AVEZ-VOUS FAIT DE MON CONTRAT DE MARIAGE ? JE L'AI RÉINVENTÉ !*

Alain ROY**

Introduction	309
1. Le contrat conjugal : de la pratique à la théorie.	314
1.1 Le règne du contrat de rupture anticipée	314
1.2 La charte de vie commune comme modèle alternatif.	319
2. Le contrat conjugal : de la théorie à la pratique.	336
2.1 Une lueur de renouveau professionnel.	336
2.2 Des couples ouverts à la rationalité contractuelle . .	341
Conclusion	352
Annexe	358

* Ce texte constitue une version remaniée de la conférence donnée par l'auteur à Saguenay le 13 septembre 2012 dans le cadre du Congrès des notaires du Québec.

** Docteur en droit et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Je tiens à remercier chaleureusement mon assistante de recherche, M^{me} Marie-Lyne Bergeron, bachelière en droit et détentrice d'une maîtrise en psychoéducation, pour le travail remarquable qu'elle a accompli dans le cadre de mes recherches sur le contrat conjugal. Sa compétence, sa rigueur et son dévouement ont fait d'elle une collaboratrice hors pair. Je remercie également la professeure Hélène Belleau (sociologie – INRS), le professeur Jean-Guy Belley (droit – McGill) et le professeur Karim Benyecklef (droit – UdeM) qui ont généreusement accepté de lire et commenter une première version de cet article. Leurs réflexions m'ont été d'une grande utilité. J'exprime également ma reconnaissance à M^{me} Maurane Cloutier, étudiante en deuxième année de droit (UdeM), qui a travaillé à la mise en forme des notes de bas de page.

INTRODUCTION

« Mon père est juif, et ma mère est catholique. La famille marche mal, ne roule pas sur des roulettes, n'est pas une famille dont le roulement est à billes. Quand ils se sont mariés, ils se sont mis d'accord sur une sorte de division des enfants qu'ils allaient avoir. Ils ont même signé un contrat à ce sujet, devant notaire et devant témoins. [...] D'après leurs arrangements, le premier rejeton va aux catholiques, le deuxième aux juifs, le troisième aux catholiques, le quatrième aux juifs, et ainsi de suite jusqu'au trente et unième ».

Réjean Ducharme, *L'avalée des avalés*.

Le chercheur qui n'a jamais l'occasion de discuter de ses idées et de ses travaux de recherche avec les praticiens de son domaine se trouve dans la même situation qu'un pilote de ligne cloué au sol dans son simulateur de vol. Dans un cas comme dans l'autre, les connaissances acquises ne bénéficient pas à ceux qui pourraient le plus en profiter.

Certes, le passage de la théorie à la pratique ne se fait jamais sans heurts. L'incompréhension mutuelle marque souvent le dialogue amorcé. Non seulement le langage du chercheur diffère-t-il de celui des praticiens, mais leurs priorités respectives sont aux antipodes. Le travail du chercheur consiste à éclairer le futur sur la base des réalités présentes et passées, alors que celui du praticien vise à répondre aux besoins immédiats d'une clientèle souvent exigeante. Les risques ou travers du métier n'en sont pas moins distincts. Le chercheur peut facilement perdre pied et basculer dans un univers parallèle et désincarné, tandis que le praticien, accaparé par les demandes de ses clients ou de son employeur, peut se montrer rébarbatif à l'idée d'investir le champ de l'abstraction et de la prospective.

Le présent texte s'adresse précisément aux praticiens du droit que sont les notaires québécois. La raison en est simple : eux seuls peuvent véritablement mettre en pratique les idées qui y sont présentées, dans la mesure, évidemment, où ils les jugent recevables et pertinentes. Compte tenu des propos qui précèdent, le défi est de

taille. Je demande donc l'indulgence du lecteur-notaire, mais également son ouverture. De part et d'autre, l'ouverture constitue la clé d'un dialogue fructueux.

Il existe une multitude de façons de présenter le cadre général d'une recherche. L'une d'elle consiste à revenir au point de départ, au questionnement initial à partir duquel le chantier intellectuel s'est mis en place. Un tel procédé paraît avantageux en ce qu'il permet de colorer la recherche d'une teinte pratique et factuelle. Il est d'autant plus approprié lorsque le questionnement initial a pris racine dans l'expérience professionnelle du chercheur lui-même, comme ce fut mon cas.

C'est précisément en 1992 que ce questionnement s'est matérialisé, alors que je venais tout juste d'être reçu à la profession. Un des premiers actes qu'il m'a été donné de recevoir était un contrat de mariage. Se trouvaient devant moi un futur époux de 37 ans, divorcé d'un premier mariage dont étaient issus deux enfants, et une future épouse de 30 ans jusque-là célibataire et sans enfant. Monsieur était francophone, de religion catholique mais non pratiquant, tandis que madame était anglophone et de confession juive. Monsieur était chirurgien orthopédique, alors que madame venait tout juste de compléter une maîtrise en administration de la santé à l'Université McGill. Le couple s'était acheté une maison le mois précédent, avec l'intention avouée de la remplir d'enfants et peut-être bien de quelques ascendants... l'hébergement des parents vieillissants de madame étant envisagé à court et moyen terme.

Le profil des futurs époux, de même que leur projet de vie conjugale, m'est apparu nettement singulier. Le couple qui me consultait présentait des caractéristiques et entretenait des attentes qu'on ne retrouvait pas nécessairement chez l'ensemble des nouveaux mariés. Le mixte des valeurs à la base de l'union interculturelle, de la famille recomposée et de la probable cohabitation intergénérationnelle qu'allait consacrer le mariage à venir me fit concrètement réaliser l'ampleur des transformations sociales et conjugales observées depuis la Révolution tranquille. Le moule homogène qui prévalait jadis en matière matrimoniale avait définitivement éclaté.

La réflexion qui me traversa ensuite l'esprit me saisit tout autant : aussi unique soit le couple qui se présentait à moi, le contrat de mariage que je serais appelé à rédiger à sa demande n'en

témoignerait pas. Selon toute vraisemblance, ce contrat se limiterait à l'établissement d'un régime matrimonial et de clauses accessoires. Il comporterait le même type de contenu que les autres contrats de mariage dont j'avais pu prendre connaissance à l'occasion d'examens de titres ou de règlements de successions. À la face même du contrat de mariage que j'allais recevoir, rien ne permettrait donc de distinguer ce couple des autres couples. Et rien non plus ne permettrait de différencier ce couple contemporain des couples mariés dans les années 1950... Ainsi, l'anthropologue qui, en l'an 3025, comparerait ce contrat de mariage avec un autre signé au milieu du siècle dernier pourrait croire que, sociologiquement parlant, on avait affaire au même type de couple à l'une et l'autre des époques¹.

Pourtant, le couple d'aujourd'hui n'a plus rien à voir avec celui des années 1950. Si, autrefois, la conjugalité ne pouvait se vivre qu'entre un homme et une femme à l'intérieur du cadre matrimonial, elle s'exprime et se vit aujourd'hui sous différentes formes². L'union de fait côtoie désormais le mariage. Par ailleurs, les conjoints hétérosexuels n'ont plus le monopole de la conjugalité, les couples de même sexe bénéficiant désormais d'une pleine reconnaissance sociale et juridique. La dynamique interne des rapports conjugaux a également subi de profondes transformations. Les rôles familiaux et les finalités du couple ne procèdent plus d'impératifs sociaux et religieux, comme c'était le cas auparavant. Pour reprendre les termes du sociologue britannique Anthony Giddens, le domaine interpersonnel s'est privatisé et démocratisé³. Les conjoints sont désormais appelés à négocier les tenants et aboutissants de leur projet de vie commune, en fonction de leurs attentes particu-

1. En revanche, l'anthropologue serait forcé de conclure autrement s'il devait comparer le contrat conclu en 1950 avec un autre datant de 1850 puisqu'à la lecture du plus vieil acte, il pourrait constater le « pacte de famille » qui s'y retrouvait. Il pourrait y saisir les subtilités d'une époque où le contrat de mariage unissait en quelque sorte le destin économique de deux clans familiaux. Voir Marie-Josée FORTIN, *Les alliances conjugales au Haut-Saguenay : 1843-1911*, mémoire de maîtrise en études régionales, Chicoutimi, Université du Québec à Chicoutimi, 1997, p. 19 et 136.

2. « Once upon a time – and not so very long ago –, [m]arriage was a unitary – « one size fits all »- concept. [...] Today, however, society offers a broad variety of lifestyles for sexual partners » : Harry D. KRAUSE, « Marriage for the New Millennium : Heterosexual, Same Sex – or Not at All ? », (2001) 34 *Family Law Quarterly* 271, 275. Voir également Barbara STARK, « Form One-Size-Fits-All to Postmodern Marriage Law », (2001) 89 *Cal. L. Rev.* 1479, 1484 et Françoise HÉRITIER, « Quel sens donner aux notions de couple et de mariage », (2005) 122 *Informations sociales* 6.

3. Anthony GIDDENS, *La transformation de l'intimité*, Rodez, Le Rouergue/Chambon, 2004, p. 11.

lières et dans une perspective égalitaire⁴. Si certains cadres demeurent toujours influencés par les questions de genre⁵, plus rien ne peut aujourd'hui être tenu pour acquis, qu'il s'agisse de la répartition des rôles conjugaux ou du caractère procréatif de l'union, pour ne nommer que ces deux aspects de la relation conjugale⁶. Comme l'affirme le sociologue Serge Chaumier :

Le parangon du couple idéal n'est plus unique et une multitude de modèles peuvent se faire jour. Chaque couple va définir l'acceptable et l'inacceptable, va organiser son territoire de partage et ses espaces protégés, la manière de communier sans fusionner, de préserver l'identité de chacun tout en construisant une identité de couple. Ainsi, aucun couple ne se ressemble. Chacun est le fruit d'une histoire particulière, héritage de deux histoires qui viennent se conjuguer sans se superposer.⁷

Bref, le couple a évolué de manière marquée, mais le contrat de mariage, lui, est resté le même en termes de contenu normatif. Un contenu hautement standardisé qui ne permet pas de saisir la diversité et la pluralité des valeurs conjugales qui nous entourent. Or, si le contrat est l'accessoire d'une relation, on peut se surprendre du fait qu'il n'ait pas suivi la même courbe. Compte tenu de l'évolution que je viens de décrire, n'aurait-il pas été logique que le contrat de mariage se déploie davantage, qu'il prenne le relais des anciennes normes sociales et religieuses dont dépendait naguère la dynamique conjugale, qu'il devienne l'instrument au moyen duquel les couples en seraient venus à configurer leur projet de vie spécifique⁸ ? Après

4. Voir les développements sur l'« ordre privé » du mariage, dans Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 135 et s.

5. Charlott NYMAN et Lars EVERTSSON, « Difficultés liées à la négociation dans la recherche sur la famille : un regard sur l'organisation financière des couples suédois », (2005) 2 *Revue internationale Enfances, Familles, Générations*, en ligne : <<http://id.erudit.org/iderudit/010913ar>> (consulté le 6 février 2013).

6. Plus fondamentalement, les notions de « couple » et de « mariage » peuvent également varier en fonction des cultures, une donnée que l'on aurait tort de négliger dans une société multiculturelle comme la nôtre. Françoise HÉRITIER, « Quel sens donner aux notions de couple et de mariage », (2005) 122 *Informations sociales* 6.

7. Serge CHAUMIER, *L'amour fissionnel. Le nouvel art d'aimer*, Paris, Fayard, 2004, p. 18.

8. C'est d'ailleurs le propre des systèmes normatifs que de se relayer l'un l'autre. Référant au mouvement inverse, Jean Carbonnier écrit : « [...] qui dit relations déjuridicisées ne dit pas nécessairement relations dérégulées. Si le droit s'est retiré, c'est en laissant d'autres systèmes normatifs, morales ou mœurs, prendre le relais » : Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Répertoire du notariat Defrenois, 1995, p. 296.

tout, au plan conceptuel, le contrat ne représente-t-il pas l'instrument de régulation le mieux adapté aux rapports qui, comme l'union conjugale contemporaine, se construisent sur la base du dialogue et du consensus⁹ ?

Voilà donc le questionnement de base qui, après mon embauche à l'Université de Montréal, m'a amené à développer un programme de recherche empirique sur le contrat conjugal¹⁰. Ce sont les fruits de cette recherche que j'entends ici exposer. Fort des résultats obtenus à la suite d'une analyse de contrats de mariage et d'union de fait recueillis auprès de notaires et d'avocats, je cernerai, dans la première partie, l'orientation qui se dégage de la pratique professionnelle du contrat conjugal. Me réclamant de certaines théories critiques du contrat et du positivisme juridique¹¹, je tracerai ensuite les grandes lignes d'un modèle alternatif que j'ai déjà désigné, dans des écrits antérieurs, sous le nom de « charte de vie commune »¹².

Dans la deuxième partie, je quitterai le terrain de la théorie pour m'intéresser aux acteurs que sont les praticiens du droit et les couples. À la lumière de données recueillies dans le cadre d'entretiens qualitatifs menés auprès de notaires et d'avocats, d'une

-
9. Voir Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2008, p. 138. L'étymologie du terme contrat est d'ailleurs fort instructive. Contrat vient du latin *contractus*, dérivé du mot *contrahere* qui signifie rassembler, réunir, conclure. Voir Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 4. Par ailleurs, le contrat ou, plus précisément, l'aspiration à l'autonomie, constituerait l'un des vecteurs de la culture postmoderne, les acteurs sociaux refusant aujourd'hui la logique de soumission aux normes sociales ou légales qui prévalait autrefois. Yves BOISVERT, *Le postmodernisme*, Montréal, Éditions Boréal, 1994, p. 67-105.
 10. Ces recherches ont été subventionnées par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (CRSH) : Alain ROY, *Étude empirique de la pratique professionnelle du contrat conjugal*, CRSH, 2003-2006 ; Alain ROY et Hélène BELLEAU, *Analyse empirique des représentations du contrat chez les couples*, CRSH, 2007-2010.
 11. J'emprunte ici la définition du positivisme juridique donnée par Guy Rocher, c'est-à-dire « (1) l'ensemble des règles, normes et principes ; (2) que l'on trouve dans les textes qui émanent ; (3) soit d'organismes publics ou étatiques habilités à dire le droit ; (4) soit de personnes, de groupes de personnes, d'organismes privés qui agissent ou passent des ententes en vertu de pouvoirs reconnus par l'État ou le droit de l'État » : Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91.
 12. Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2001 ; « Le contrat en contexte d'intimité », (2006) 51 *R.D. McGill* 665 et « La charte de vie commune ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal », (2007) 41 *R.J.T.* 399.

part, et de conjoints, d'autre part, je tenterai d'évaluer la possible réceptivité des uns et des autres au renouveau contractuel proposé. La conception du contrat et du droit que véhiculent les juristes peut-elle s'harmoniser avec les principes à la base du modèle alternatif proposé ? Quant aux couples, peut-on déceler dans leur dynamique relationnelle des indices permettant d'évaluer leur ouverture à l'idée d'aborder l'organisation de leur union sous l'angle du contrat ? Telles sont les grandes questions que l'enquête sociologique réalisée m'aura permis de documenter.

1. LE CONTRAT CONJUGAL : DE LA PRATIQUE À LA THÉORIE

1.1 Le règne du contrat de rupture anticipée

Une intuition ne correspond pas toujours à la réalité, loin s'en faut. Ni ma courte expérience professionnelle, ni les discussions de corridor entre consœurs et confrères, n'auraient pu suffire à objectiver la problématique. Il convenait donc de recueillir un échantillon de contrats conjugaux auprès des praticiens du droit pour pouvoir en commenter le contenu sur une base scientifique¹³.

Cent notaires exerçant en milieu urbain et rural, dont la pratique peut être qualifiée de générale ou de spécialisée en droit de la famille, ont donc été personnellement contactés. Il leur était demandé de nous faire parvenir, dans le respect des règles relatives au secret professionnel, tous les contrats de mariage reçus dans les cinq dernières années¹⁴. Sur les 100 notaires sollicités, 76 ont répondu à notre appel. De ce nombre, 37 nous ont dit avoir reçu des contrats de mariage durant les cinq dernières années et 31 ont finalement donné suite à notre demande en nous transmettant la totalité de leurs contrats pour la période déterminée. Ensemble, ces 31 notaires nous ont permis de recueillir 194 contrats de mariage. Les mêmes 100 notaires ont été invités à nous transmettre les contrats d'union de fait reçus au cours de la même période. Seuls 27 notaires

13. Pour une présentation complète des résultats de la recherche, voir Alain ROY et Violaine LEMAY, *Le contrat conjugal, pour l'amour ou pour la guerre. Étude empirique des représentations professionnelles du contrat chez les juristes et les psychothérapeutes conjugaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2009 et Alain ROY, « La charte de vie commune ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal », (2007) 41 *R.J.T.* 399.

14. Pourquoi cinq ans ? Simplement pour pouvoir porter un regard sur une pratique contemporaine du contrat de mariage.

nous ont dit avoir reçu de telles conventions et 21 ont donné suite à notre demande en nous transmettant la totalité des contrats reçus durant cet intervalle, soit 50.

La collecte auprès des avocats s'est avérée plus ardue. Une lettre a d'abord été envoyée aux 275 membres de l'Association des avocates et des avocats de droit familial. Un rappel leur a été adressé quelques semaines plus tard par la présidente de l'Association. Cette opération nous a tout juste permis de recueillir 11 contrats d'union de fait, préparés par sept avocats et avocates différents. Ce faible échantillonnage s'expliquerait non pas par un manque de collaboration des praticiens, mais par une pratique quasi-existante du contrat d'union de fait chez les avocats et avocates. C'est du moins ce que nous ont confié les praticiens spécialisés dans le domaine à qui nous avons fait part de notre étonnement¹⁵.

Qu'a révélé l'analyse des contrats recueillis ? Sans grande surprise – et conformément à mon intuition de départ – les contrats de mariage étudiés révèlent un contenu semblable à celui qui caractérisait les actes de même nature reçus par les notaires dans les années 1950¹⁶. On parle de stipulations établissant un régime matrimonial, accompagnées de clauses accessoires et, parfois, de donations entre conjoints. Quant aux contrats d'union de fait notariés recueillis, ils sont meublés, pour l'essentiel, de clauses énonçant les droits et les obligations de chacun des conjoints sur la résidence principale acquise en commun.

Une première observation s'impose quant au contenu différencié des contrats de mariage et des contrats d'union de fait. La perspective législative distincte sur laquelle repose chacun des types de contrat en conditionne évidemment le contenu. Alors que la relation

15. Il se peut que les choses aient évolué depuis notre recherche. Étant donné la très grande médiatisation de l'affaire connue du grand public sous le nom de *Éric c. Lola* (*Droit de la famille* – 091768, 2009 QCCS 3210 et *Droit de la famille* – 102866, 2010 QCCA 1978), il est possible que les conjoints de fait soient maintenant plus nombreux à demander à des avocats de préparer de telles conventions. À ma connaissance, il n'existe cependant aucune étude permettant de mesurer l'impact réel qu'a pu avoir cette affaire judiciaire.

16. Je n'ai pas procédé à une collecte de contrats de mariage pour cette période. Mon affirmation ne repose donc pas sur une vérification empirique, mais sur la doctrine de l'époque. Voir particulièrement Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 321. Je m'appuie également sur les formulaires de pratique professionnelle dont les notaires disposaient alors.

des époux est balisée par un grand nombre de règles législatives, tantôt supplétives, tantôt impératives, la relation des conjoints de fait, elle, ne fait l'objet d'aucun encadrement juridique¹⁷. Selon les résultats de l'analyse effectuée, ces derniers ne reconnaîtraient au contrat qu'un intérêt relativement limité, du moins lorsqu'ils sollicitent l'intervention d'un notaire pour les conseiller. Contrairement aux conceptions théoriques du contrat d'union de fait parfois véhiculées par la doctrine, les conjoints de fait ne chercheraient pas à s'assujettir aux droits et obligations qui s'attachent traditionnellement au statut matrimonial ; ils se borneraient à établir les paramètres d'administration et de partage de leur résidence indivise, le cas échéant.

Quoi qu'il en soit, en dépit des différences observées, il demeure possible de dégager certaines similitudes conceptuelles. D'une part, tant les contrats de mariage que les contrats d'union de fait analysés demeurent centrés sur les seuls aspects patrimoniaux du couple. En effet, il est question de régime matrimonial dans le premier cas et d'indivision immobilière dans le second ; les dimensions relationnelles ou extrapatrimoniales du couple ne font l'objet d'aucune stipulation contractuelle particulière. D'autre part, l'ensemble des contrats génère une normativité de type étatique, que ce soit en matière matrimoniale ou d'union de fait. Ainsi, les engagements résultant du régime matrimonial établi par les époux ou des clauses d'indivision stipulées par les conjoints de fait peuvent prétendre au même caractère obligatoire et sanctionnable que la loi elle-même¹⁸. Certes, la sanction judiciaire des engagements

17. Pour une analyse des fondements de la politique législative québécoise en matière d'union de fait, voir Alain ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec », dans Hélène BELLEAU et Agnès MARTIAL (dir.), *Aimer et compter ? Droits et pratiques des solidarités conjugales dans les nouvelles trajectoires familiales*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2011, p. 113.

18. Entendu comme étant « la loi des parties », le contrat de mariage ou d'union de fait s'inscrit donc dans le prolongement du droit étatique, auquel on associe bien sûr le droit positif : « Le droit positif porte bien son nom, en ce sens qu'il est « posé » ou encore « imposé » par une volonté humaine ; il est le produit d'un acte libre, qui pose des droits subjectifs et impose des obligations. En sanctionnant une loi, le législateur pose – et impose – de nouvelles règles et de nouvelles sanctions ; en rédigeant un testament ou en signant un contrat, des citoyens s'imposent à eux-mêmes ou imposent à d'autres des obligations tout en produisant des droits subjectifs » : Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91, 94. Voir également Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 33 et s., 98 et 251.

convenus ne sera envisageable qu'une fois la relation définitivement compromise. Tant et aussi longtemps qu'un conjoint n'aura pas fait le deuil de son couple, le recours au tribunal restera virtuel malgré le défaut contractuel. On imagine mal un conjoint s'adresser à la Cour et croire qu'il pourra tout bonnement continuer à dormir dans le même lit que l'autre¹⁹ !

Que conclure de ce qui précède, sinon que l'orientation des contrats de mariage et d'union de fait pointe essentiellement vers la rupture du couple. En fait, c'est la rupture conjugale qui leur donnera vie, qui en concrétisera l'effet. Qu'on parle de régime matrimonial ou de clauses d'indivision relatives à la résidence commune, les engagements énoncés resteront lettre morte tant et aussi longtemps que l'union perdurera. Durant la relation conjugale, le contrat ne pourra donc prétendre à aucune utilité. Une image vaut mille mots : après y avoir apposé leur signature, les conjoints pourraient fort bien le ranger dans leur coffret de sûreté... pour éventuellement l'en ressortir au jour de leur séparation ou d'un décès.

L'étroitesse du cadre normatif dans lequel s'articulent les contrats de mariage et d'union de fait constitue assurément un frein à leur déploiement. Aussi riches et diversifiés soient-ils, les projets de vie commune qui se retrouveront sur le bureau du notaire seront recadrés à l'aune de l'orientation normative qui se dégage de l'enquête documentaire. Or, en réduisant la relation conjugale à ses aspects patrimoniaux susceptibles de sanction judiciaire au jour de la rupture, le contrat pourra difficilement refléter les particularités qui la singularisent.

Non seulement le cadre normatif observé est étroit, mais il est également rebutant pour les principaux intéressés. Si, comme je l'ai souligné plus tôt, la dynamique qui anime les couples contemporains présente des traits apparemment compatibles avec la rationalité contractuelle, force est de reconnaître que l'orientation normative des contrats de mariage et d'union de fait s'avère quant à elle difficilement conciliable avec le couple. Il n'y a rien de particulièrement invitant pour deux amoureux – du moins on présume qu'ils le sont – de statuer sur les questions économiques susceptibles de

19. À propos de la relation matrimoniale, Pierre Julien écrivait 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.

se poser lors d'une rupture²⁰. Comment croire qu'ils pourront sereinement considérer l'éventualité d'une séparation et resserrer leurs engagements contractuels de manière à ce que le tribunal puisse les sanctionner en cas de défaut, alors même que le sentiment amoureux qui les unit les amène à entretenir l'illusion qu'une telle situation ne se produira jamais²¹.

Les termes « contrat de mariage » et « contrat d'union de fait » sont donc trompeurs. Ils seraient sans doute plus juste de les désigner sous le nom de contrats de rupture éventuelle. Dès lors, on comprendrait mieux le cadre étroit et rebutant dans lequel ils sont appelés à se déployer. Qui plus est, on ne se surprendrait plus de n'y retrouver qu'un ensemble de clauses types qui ne révèlent en rien la richesse et la singularité du projet conjugal en cause.

Voilà donc un premier constat, une première réponse à la question de recherche initialement posée. Il aurait été toutefois dommage de s'y arrêter. Bien souvent, un constat fait naître de nouvelles questions de recherche sous-jacentes. Des questions susceptibles de nous entraîner dans le champ de la prospective.

J'en suis donc venu à m'interroger sur le potentiel inexploré du contrat conjugal, sur les faces cachées du concept contractuel que le positivisme juridique n'aurait jamais mis en lumière²². Se pourrait-il que les contrats de mariage et d'union de fait soient sous-exploités par les praticiens ? L'orientation normative qui se dégage

20. Pour un exposé sur l'évolution de la sémantique de l'amour à travers les temps, voir Niklas LUHMANN, *Amour comme Passion*, Alençon, Éditions Aubier, 1990. Voir également Hélène BELLEAU, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle. Le mythe du mariage automatique*, Québec, P.U.Q., 2011, p. 60 et s.

21. En effet, il semble que, au moment du mariage, la plupart des conjoints se croient fermement à l'abri d'un divorce, tout en demeurant conscients que, statistiquement parlant, un couple sur deux se disloque. Dans le cadre d'une étude empirique menée auprès de personnes en voie de se marier (dans l'État de Virginie), les professeurs Lynn A. Baker et Robert C. Emery observent ainsi : « [...] [A]lthough their median response was an accurate estimate that 50 % of U.S. couples who marry will divorce, the *median* response of the marriage license applicants was 0 % when assessing the likelihood that they personally would divorce » : Lynn A. BAKER et Robert C. EMERY, « When Relationship is Above Average : Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage », (1993) 17 *Law and Hum. Behav.* 439, 443.

22. Le positivisme juridique « se présente comme un bloc : sa logique commande l'exclusion du droit positif de toute règle qui ne serait pas émanée d'un organe étatique et ne laisse pas de place à des règles d'autres origines » : Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, P.U.F., 1998, p. 58.

de l'analyse documentaire participe-t-elle de leur définition ou révèle-t-elle au contraire une conception par trop limitée du contrat et de la normativité ? Posons la question autrement : un contrat doit-il nécessairement se limiter à la normativité étatique ? La normativité qui en résulte pourrait-elle être d'un autre type ? Et si oui, cette normativité d'un autre type pourrait-elle s'avérer compatible avec le couple, et plus spécifiquement, avec le sentiment amoureux et la confiance qui cimentent la relation conjugale ?

Ma réponse est oui. Et j'entends maintenant le démontrer en adoptant une approche théorique qui rompt avec les préceptes à la base des conceptions que les praticiens véhiculent généralement du droit, de la normativité et du contrat.

1.2 La charte de vie commune comme modèle alternatif

Si le professeur de droit américain Ian R. Macneil est peu connu des praticiens québécois, sa notoriété dans les milieux académiques lui procure un rayonnement appréciable. Publiée en 1981, la théorie relationnelle du contrat dont il est l'auteur a fait l'objet de nombreux écrits, y compris au Québec²³. Mon intention n'est pas de présenter toutes les subtilités de cette grande théorie, mais d'en exposer les grandes lignes.

Selon Macneil, l'observation des rapports qu'entretiennent les acteurs socio-économiques révèle deux grandes catégories d'échanges contractuels ou de contrats : les contrats transactionnels et les contrats relationnels. Les rapports contractuels appartenant à chacune de ces deux grandes catégories s'opposent sur plusieurs plans.

Le contrat transactionnel est celui qui a pour mission de constater ou de planifier l'exécution d'une simple transaction. Il inter-

23. Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale Un. Press, 1980, p. 1-35 et 64-70. Voir également « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *S. Cal. L. Rev.* 691 et « Values in Contract : Internal and External », (1983) 78 *Nw. U.L. Rev.* 340. Un ouvrage paru en 2001 reprend les grandes lignes de sa théorie : David CAMPBELL (dir.), *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, London, Sweet & Maxwell, 2001. Au Québec, c'est principalement à Jean-Guy Belley que l'on doit la diffusion de la pensée contractuelle de Macneil. Voir notamment son texte intitulé « Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », (1988) 3 *Revue canadienne Droit et Société* 27, 34.

vient entre des parties qui, en principe, n'entretiendront aucun lien significatif au lendemain de l'échange des consentements. Au contraire, le contrat relationnel correspond à un projet de coopération conçu dans la durée. Dans le contrat transactionnel, les parties ne veulent rien laisser au hasard ; tout doit y être précisément et formellement consigné. Si certains effets du contrat devaient se réaliser dans l'avenir, les parties chercheront à en circonscrire étroitement la portée, une opération que Macneil nomme « presentation ». Dans le contrat relationnel, où le projet de coopération appartient essentiellement au futur, les parties adopteront une tout autre perspective, considérant qu'il est illusoire, voire contreproductif, de vouloir tout prévoir. Contrairement au contrat transactionnel qui présente un caractère fermé ou statique, le contrat relationnel sera donc appelé à évoluer en fonction des changements susceptibles de survenir²⁴. Souhaitant leur contrat souple et flexible, les parties se donneront ainsi les moyens d'en revoir le contenu en fonction du futur (« futurization »).

En somme, les parties au contrat relationnel reconnaissent que leur relation ne pourra jamais être enfermée dans le contrat et que des normes provenant de sources diverses s'appliqueront à elles²⁵. Des normes qui n'ont peut-être rien à voir avec le droit au sens où le restreignent généralement les juristes, mais qui ont tout à voir avec le droit au sens pluraliste du terme²⁶. Pensons simplement à la confiance mutuelle²⁷ ou à la solidarité qui puise leur source non

24. Le contrat transactionnel reproduit le caractère statique de la norme étatique. Parlant du droit étatique classique en le désignant sous le nom de « droit moderne », Karim Benyekhlef écrit : « [...] la logique du droit moderne [...] fixe la norme une fois pour toute, celle-ci ne modifiant pas son contenu au gré du passage du temps et des circonstances » : Karim BENYEKHFLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 29.

25. Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale Un. Press, 1980, p. 1-35 et 64-70.

26. Denys de Béchillon définit la norme comme étant « [...] la signification d'une proposition indiquant aux hommes ou aux institutions un modèle auquel conformer leur conduite [...] Dans tous les cas, la norme pose des étalons, suggère des schémas préconstitués auxquels il s'agit de se conformer. De conformer sa conduite ou son comportement plus exactement ». Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 166 et 171.

27. Sur la confiance comme source de régulation dans la relation affective, voir Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 256. Sur le rôle de la confiance dans les relations d'affaires, voir Jean-Guy BELLEY, « Une philosophie de l'aspiration juridique : l'art de bien se contraindre », (2000) 44 *Archives de philosophie du droit* 317, 325-327.

pas dans la loi ou dans les dispositions contractuelles qui en constituent le prolongement, mais dans les comportements et les interactions quotidiennes²⁸. Le contrat relationnel s'inscrit donc dans un faisceau de normes ; il participe de la normativité de la relation, mais, contrairement au contrat relationnel, il n'a pas la prétention d'en constituer la seule et unique source.

On peut illustrer le contrat transactionnel par le contrat de vente d'une maison. Un tel contrat marque la fin du rapport entre l'acheteur et le vendeur qui n'auront pas vocation à se revoir après la signature de l'acte. Il sera généralement très précis. Les parties auront avantage à sceller ou à fermer leur relation au moyen du contrat de la manière la plus étanche qui soit, d'où d'ailleurs l'expression de « closing » fréquemment utilisée par les praticiens.

Pour illustrer le contrat relationnel, on peut penser au contrat de travail ou au contrat de société. La relation de l'employeur et de l'employé, de même que celles des sociétaires, appartient effectivement au futur. Le contrat formalise le commencement de rapports qui répondront à des normes dont la provenance sera forcément multiple. Le contrat en soi ne constituera jamais la seule source normative de relation. D'une certaine manière, il demeurera ouvert. Les bons rédacteurs de contrats d'emploi et de société en témoignent lorsqu'ils prennent soin d'y établir des mécanismes de mise à jour, des échéances de renégociation, des modes de résolution de conflits, histoire de s'assurer que le contrat puisse évoluer au même rythme que la relation elle-même.

28. Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale Un. Press, 1980, p. 1-10 et 20-30. Commentant la théorie de Macneil, Belley écrit : « En deça des valeurs et normes externes éventuellement imposées par l'État, les relations contractuelles secrètent spontanément leurs propres valeurs et normes internes, en particulier celles reposant sur l'exigence de solidarité ». Jean-Guy BELLEY, « Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 102, à la p. 111. Pointant directement les relations conjugales, les professeurs Scott écrivent : « 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 » : Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, « Marriage as Relational Contract », (1998) 84 *Va. L. Rev.* 1225, 1285.

	Contrat transactionnel	Contrat relationnel
Parties	N'ont pas vocation à se revoir après le contrat, du moins pour l'essentiel	Sont partenaires dans un projet commun
Contenu du contrat	Il faut tout prévoir ; le futur est canalisé dans le contrat en fonction du présent (presentiation)	On ne peut pas tout prévoir ; on anticipe le futur en se donnant les moyens d'y faire face aux termes de clauses de nature procédurale (futurization)
Normes	Découlent du seul contrat	Découlent du contrat et de la relation
Caractère	Fermé – statique	Ouvert – évolutif
Archétype	Contrat de vente	Contrat d'emploi Contrat de société

Revenons maintenant aux contrats de mariage et aux contrats d'union de fait. Que nous révèle la pratique ? En fonction de quel modèle ces contrats sont-ils appréhendés par les praticiens ? Le modèle transactionnel ou le modèle relationnel ?

Les contrats de mariage et d'union de fait que j'ai examinés sont fermés et statiques. Ils sont carrément dissociés de la relation conjugale qui, elle, est évidemment appelée à évoluer. Comme je l'ai déjà souligné, les conjoints pourraient fort bien ranger leur contrat dans un coffret de sûreté et l'y oublier jusqu'à la rupture. L'objet principal qui s'y retrouve, rappelons-le, vise à régler par anticipation la question du partage des actifs des époux ou de la résidence commune des conjoints de fait. À cet égard, les conjoints aspirent au plus haut degré de précision, de manière à ce que le partage ou l'absence de partage se fasse sans problème au jour de la dissolution. Bref, on veut pouvoir s'en remettre au contrat et à lui seul pour connaître les normes applicables lors de la séparation ou du décès.

Les contrats de mariage et d'union de fait n'appréhendent donc pas la *relation* des conjoints ; ils se limitent à en baliser la fin. Or, au jour de la dissolution ou de la rupture, ce ne sont plus des conjoints qui se retrouveront en présence l'un de l'autre, mais bien des ex-conjoints qui n'auront plus vocation à se revoir²⁹. Cette perspective n'est pas sans rappeler celle de l'acheteur et du vendeur d'un immeuble dont je me suis servi pour illustrer le contrat transactionnel. En somme, les contrats de mariage et d'union de fait que l'on retrouve sur le marché des services juridiques sont essentiellement construits en référence au modèle transactionnel.

À mon avis, ce modèle ne convient pas du tout à la relation conjugale. J'estime qu'une reconceptualisation des contrats de mariage et d'union de fait s'impose. Seul le modèle relationnel permettrait de visualiser la relation des parties, d'en traduire toute la richesse et d'en appréhender le caractère évolutif³⁰. Seul ce modèle peut s'avérer compatible avec la confiance et le sentiment amoureux qui fondent la relation conjugale³¹. Contrairement au contrat transactionnel qui se limite à « programmer mécaniquement la fin de l'échange », le contrat relationnel « offre toutes les garanties de stabilité et de flexibilité qui permettront de préserver l'avenir de la rela-

29. Du moins sur le plan conjugal. En effet, les ex-conjoints pourront ou devront poursuivre leurs échanges en leur qualité de parents, le cas échéant. Ainsi que l'affirme l'écrit Agnès Martial : « Comme l'ont montré des travaux antérieurs au sujet de l'entretien de l'enfant dans les familles recomposées, les solidarités conjugales peuvent alors persister à travers les formes de partage, de répartition et de circulation des ressources liant autour de l'enfant les pères et mères séparés » : Hélène BELLEAU et Agnès MARTIAL, « Introduction », dans Hélène BELLEAU et Agnès MARTIAL (dir.), *Aimer et compter ? Droits et pratiques des solidarités conjugales dans les nouvelles trajectoires familiales*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2011, p. 1, à la p. 11.

30. Ian Macneil conçoit d'ailleurs l'application de sa théorie au mariage : « Reflections on the Relational Theory », dans David CAMPBELL (dir.), *The Relational Theory of Contract : Selected Works of Ian Macneil*, London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 291, aux p. 320 et s. Pour une application de la théorie relationnelle en matière matrimoniale, voir précisément Marjorie MAGUIRE SHULTZ, « Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy », (1982) 70 *California Law Review* 204, particulièrement à la p. 301 et s. et Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, « Marriage as Relational Contract », (1998) 84 *Va. L. Rev.* 1225.

31. Les propos de Jean-Guy Belley permettent de prendre la mesure de l'incompatibilité d'une approche du contrat conjugal axée sur le seul droit étatique : « Le droit étatique des contrats 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.

tion à travers et malgré les changements futurs »³². Le changement de perspective est radical. Ce n'est plus la rupture qu'on entrevoit dans le contrat, mais la relation en elle-même. C'est n'est plus l'éventuelle désunion qu'on règle par anticipation, mais l'union qu'on cherche à consolider.

Mais encore ! me dira-t-on. Cette affirmation se justifie peut-être dans l'abstrait, mais comment peut-elle s'opérationnaliser sur le plan pratique ? On peut certes concevoir l'intérêt d'une plateforme contractuelle génératrice de normes orientées vers le maintien de la relation, mais de quels types d'engagements parle-t-on concrètement ? Quelles sont précisément les clauses contractuelles qui, dans une perspective relationnelle, seraient porteuses d'une normativité destinée à produire ses effets non plus au moment de la rupture, mais *durant* la relation. La question prend tout son sens en matière matrimoniale où la marge de manœuvre contractuelle des époux semble réduite à peu de chose en raison des dispositions impératives qui encadrent leurs rapports durant l'union. Ainsi, au plan extrapatrimonial, le régime primaire impose-t-il un devoir de fidélité et de vie commune³³, alors qu'au plan patrimonial, il assujettit les époux à l'obligation de contribuer aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives³⁴. Les pouvoirs d'administration que leur confère leur régime matrimonial sur leurs biens sont par ailleurs limités par les mesures de protection de la résidence familiale³⁵.

Soit, ces dispositions législatives établissent certaines balises durant la relation. Mais peut-on sérieusement prétendre qu'elles occupent tout le champ de la gouvernance conjugale ? Dans le respect de ces balises³⁶, les époux disposent certainement d'une marge

32. Jean-Guy BELLEY, « Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 102, à la p. 112. Parlant du contrat transactionnel, Belley ajoute : « Le futur ne sera en quelque sorte qu'un anéantissement programmé du concept contractuel voulu par les parties. Le seul avenir du contrat transactionnel serait d'être exécuté, c'est-à-dire réalisé et mis à mort ».

33. C.c.Q., art. 392.

34. C.c.Q., art. 396.

35. C.c.Q., art. 401 et s.

36. Comme l'affirme Benyekhlef, la normativité autre qu'étatique doit évidemment respecter l'ordre public et les dispositions impératives de la loi. Autrement dit, sa validité normative dépend de sa conformité à la loi. Voie Karim BENYEKHLEF, (à suivre...)

de manœuvre pour aménager leurs relations en fonction de leurs attentes particulières³⁷. Prenons simplement le devoir de faire vie commune dont les configurations sont aujourd'hui multiples. À côté du modèle traditionnel que représente le couple fusionnel, de plus en plus de couples font maintenant vie commune « à distance »³⁸. Parfois désignés sous le nom de couples « fissionnels », ces couples se caractérisent « par l'acceptation mutuelle d'un principe d'ouverture où chaque conjoint se reconnaît le droit de vivre en dehors de l'autre »³⁹.

La diversité conjugale s'observe également à travers les finalités du couple. Comme je l'ai déjà souligné, les conjoints peuvent vouloir fonder une famille, sous une forme ou sous une autre, sachant que le mode de constitution de la famille est plus diversifié que jamais. Songeons aux couples de gais et de lesbiennes qui devront forcément réaliser leur ambition parentale au moyen de l'adoption ou de la procréation assistée. Dans ce dernier cas, une tierce partie apparaîtra dans le décor, avec toutes les implications susceptibles d'en résulter pour l'enfant⁴⁰. Et bien évidemment, tout projet conjugal n'implique plus nécessairement d'enfants, comme

(suite...)

Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 821. Belley partage la même idée lorsqu'il écrit : « Le contrat indépendant (voir note 55 sur le concept d'indépendance contractuelle) n'est pas celui qu'inspire une intention criminelle, une fraude à la loi, une tentative d'échapper aux règles impératives d'un ordre juridique, un motif illicite au regard des règles de la bonne foi et de l'ordre public ». Jean-Guy BELLEY, « Sans foi, ni loi : L'indépendance contractuelle », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 203, à la p. 209.

37. On pourrait ici emprunter à la conceptualisation de l'anthropologue du droit Sally Falk-Moore en qualifiant le couple de « champ social semi-autonome », les conjoints demeurant soumis à des contraintes externes, en l'occurrence celles provenant du droit étatique : Sally FALK-MOORE, « Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », (1973) 7 *Law & Soc'y Rev.* 71.

38. En France, cette forme de conjugalité, baptisée « couple non cohabitant » dans les enquêtes de l'Institut national des études démographiques (INED) commencerait à devenir statistiquement repérable : Serge CHAUMIER, *L'amour fissionnel. Le nouvel art d'aimer*, Paris, Fayard, 2004, p. 27.

39. Monique AYOUN, « Couple : le contrat d'infidélité vous tente-t-il ? », (entrevue avec Serge Chaumier), en ligne : <<http://www.psychologies.com/Couple/Vie-de-couple/Au-quotidien/Articles-et-Dossiers/Couple-le-contrat-d-infidelite-vous-tente-t-il>> (consulté le 7 janvier 2013). Voir plus généralement Serge CHAUMIER, *L'amour fissionnel. Le nouvel art d'aimer*, Paris, Fayard, 2004.

40. Pensons simplement à l'intérêt de l'enfant de connaître un jour son géniteur, si tant est que celui-ci ait été choisi par le couple et non pas par une clinique de fertilité sous le couvert de l'anonymat.

c'était le cas il y a à peine quelques décennies. Ainsi, le projet de vie commune peut-il s'articuler autour du travail des conjoints qui devront alors déterminer l'importance de leur carrière respective. Si la carrière de l'un d'entre eux est priorisée, il en résultera assurément des conséquences économiques et relationnelles pour l'autre. Des déménagements, des changements d'emploi, des recommencements, des pertes financières, voilà bien autant d'impacts auxquels le couple devra s'attarder un jour ou l'autre.

La « vie commune » peut également impliquer des tiers. Dans le cadre de deuxième ou de troisième unions, la formation du couple entraîne souvent la recombinaison de leurs familles respectives⁴¹. Or, le rôle qu'est appelé à tenir un conjoint face aux enfants de l'autre est loin d'être uniforme. On peut vouloir une gestion parentale unique, où chaque conjoint tiendra *de facto* un rôle parental auprès des enfants de l'autre ; on peut au contraire vouloir une gestion séparée, comme s'il y avait deux familles sous le même toit.

Les relations que les conjoints entretiendront éventuellement avec leurs parents vieillissants n'entrent pas non plus dans un moule homogène. Dans certains cas, les questions de cohabitation intergénérationnelle se poseront au début de la relation, comme ce fut le cas pour le couple signataire du contrat de mariage que j'ai évoqué en introduction.

Si l'on envisage le contrat conjugal dans une perspective relationnelle, de tels enjeux pourraient certainement y figurer. Ainsi, le contrat deviendrait l'instrument par lequel le couple serait amené à expliciter les grands paramètres de son projet de vie commune, à définir les grands enjeux qui sont les siens. Le contrat de mariage s'apparenterait alors à une charte de vie commune où les conjoints pourraient formuler en termes d'engagements réciproques les grandes attentes mutuelles qu'ils entretiennent face à leur relation, aussi bien au plan extrapatrimonial que patrimonial⁴². Et j'emploie

41. Selon Statistique Canada, au recensement de 2011, les familles recomposées représentaient 16,1 % des familles comptant un couple et des enfants âgés de 24 ans ou moins au Québec (12,6 % dans l'ensemble du Canada) : STATISTIQUE CANADA, *Recensement de la population de 2011 – Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada – Familles, Ménages et état matrimonial*, Ottawa, 2011, p. 6.

42. Aux États-Unis, certains auteurs ont déjà plaidé en faveur d'une approche contractuelle de la relation conjugale, en invoquant différentes perspectives théoriques au soutien de leurs propositions. Karl FLEISCHMANN, « Marriage by (à suivre...)

le mot *charte* à dessein. En effet, ce terme m'apparaît tout à fait approprié pour qualifier la démarche proposée puisque, par définition, une charte pose les grandes valeurs qui unissent une cellule, que celle-ci soit publique, comme la société dans son ensemble, ou privée, comme le couple. Bien entendu, que le couple en question ne soit pas marié ne change rien au principe. Cette charte de vie commune pourrait trouver application quelle que soit la forme juridique de l'union conjugale. Si j'ai pris l'exemple du mariage pour illustrer les grands enjeux autour desquels les conjoints peuvent s'unir, c'est uniquement en raison des règles impératives qui, en cette matière, peuvent paraître limitatives. Comme je crois l'avoir démontré, ces limites ne sont toutefois qu'apparentes et ne peuvent d'aucune manière prétendre occuper tout le champ de la gouvernance conjugale⁴³.

L'approche suggérée soulève un autre questionnement, tout aussi pratique que le premier. Pourquoi cette démarche ? Quelle en est au juste l'utilité ou la pertinence ? Ultimement, les clauses stipulées dans cette perspective relationnelle seraient-elles susceptibles de sanction judiciaire ? Si, par exemple, madame s'engage par contrat à subordonner sa carrière au profit de celle de son conjoint appelé à déménager fréquemment dans le cadre de ses fonctions, le tribunal pourra-t-il accorder à ce dernier des dommages-intérêts dans la mesure où madame ne respecte pas son engagement ? Dans le même sens, une clause qui préciserait la volonté commune des conjoints d'avoir des enfants pourrait-elle être sanctionnée par le tribunal si l'un d'eux changeait par la suite d'idée ?

Certains auteurs se sont intéressés au caractère sanctionnable des engagements extrapatrimoniaux dont pourraient convenir des époux ou des conjoints de fait. Le lecteur pourra au besoin s'y

(suite...)

Contract : Defining the Terms of Relationship », (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27 ; J. Gibson WELLS, « A Critical Look at Personal Marriage Contracts », (1976) 25 *The Family Coordinator* 33 ; Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981 ; Marjorie MAGUIRE SHULTZ, « Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy », (1982) 70 *California Law Review* 204 ; Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, « Marriage as Relational Contract », (1998) 84 *Va. L. Rev.* 1225 et Barbara STARK, « Form One-Size-Fits-All to Postmodern Marriage Law », (2001) *Cal. L. Rev.* 1479.

43. Luhmann verrait peut-être dans l'union conjugale un sous-système social pour lequel le législateur a laissé une « marge d'autonomie normalisatrice et régulatrice » aux acteurs conjugaux : Niklas LUHMANN, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

référer⁴⁴. En ce qui me concerne, cette problématique ne soulève rien de moins qu'un faux débat. Lorsque l'on se questionne sur l'utilité ou la pertinence de clauses aux termes desquelles un couple exprimerait sous forme d'engagements réciproques les valeurs communes et les grandes orientations qui sont les siennes, je ne crois pas que la réponse se trouve dans le caractère sanctionnable ou non de la clause. À mon avis, chercher la réponse dans cette direction nous enferme dans le cercle vicieux de la normativité étatique dont j'ai déjà présenté les principales caractéristiques⁴⁵.

J'invite le juriste à s'extirper de ce cercle vicieux, à s'affranchir des limites conceptuelles à l'intérieur desquelles se déploie la normativité étatique. Il convient d'aborder le phénomène de la normativité dans une perspective beaucoup plus générale. Parce qu'une norme reste une norme, même si elle ne présente pas les caractéristiques de la normativité étatique, et ce, tant en ce qui concerne sa source qu'en ce qui a trait au mode ou au type de « sanction » qui peut en être donné⁴⁶. Autrement dit, il n'est pas de l'essence d'une norme d'être édictée par l'État et d'être sanctionnée par un

44. Adrian POPOVICI, « Variations utiles et futiles sur le concept d'obligations », à paraître.

45. On pourrait également qualifier ce cercle vicieux de cercle kelsénien. En effet, pour Kelsen, « le droit est un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte [judiciaire ou étatique] 2 » : Hans KELSEN, « La validité du Droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, La Haye, 1932-IV, p. 124 et *Théorie pure du Droit*, 2^e éd., (trad. par Ch. Eisenmann), Paris, Éditions Dalloz, 1962, p. 71 et s., 378 et s. et 417 et s. Gérard Timsit désigne l'association que fait Kelsen entre État, droit et sanction de « subterfuge » : Gérard TIMSIT, « Pour une nouvelle définition de la norme », D. 1988.chr.42.267. Dans une perspective proprement civiliste, on pourra se référer aux travaux de François Gény qui définissait également le droit à partir de la sanction judiciaire susceptible d'en assurer le respect : François GÉNY, *Science et technique en Droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1913, p. 47.

46. Catherine Thibierge affirme ainsi : « Normatif vient de *norma* qui, à l'instar de la *regula* latine, désigne un outil servant à tracer des lignes, droits pour la *regula*, en forme de planchette, et perpendiculaires pour la *norma*, sorte d'équerre. [...] Ainsi, étymologiquement, la norme ou la règle désignent-elles l'instrument, matériel ou abstrait, qui sert à tracer des lignes, lignes droites et perpendiculaires, ou lignes de conduite, de comportement. Il en résulte que la normativité caractérise l'état de ce qui sert de modèle, de ce qui donne modèle ». Ce modèle, ajoute l'auteure, peut non seulement relever de l'obligatoire et du prescriptif (modèle imposé) mais aussi du souhaitable, du recommandatoire et de l'incitatif (modèle proposé). Catherine THIBIERGE, « Le droit souple », (2003) *RTD civ.* 599, 619-620. Voir aussi Paul AMSELEK, « Norme et loi », (1980) 25 *Archives de philosophie du droit* 89, 91.

tribunal⁴⁷. L'État et ses agents n'ont pas et n'ont jamais eu le monopole de la normativité – et plus largement du droit, du moins selon les théories du pluralisme juridique⁴⁸ et de l'internormativité⁴⁹

-
47. Critiquant la conception kelsénienne du droit définie autour de la sanction, Karim Benyekhlef écrit : « La présence d'une sanction est censée établir le caractère juridique des normes du Droit et constituer le critère de la juridicité et départir ainsi le Droit des autres ordres normatifs (comme la morale, la religion, les mœurs, etc.). Pourtant, le droit n'a pas le monopole de la sanction. Mais si celle-ci ne se définit pas par la contrainte physique, la sanction existe au sein d'autres ordres normatifs [...] Au surplus, on ne peut affirmer que la présence d'une sanction suffise à définir une règle de droit. La sanction contrainte ne devrait pas être considérée comme un critère de juridicité de la norme ». Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 38. Voir également p. 801. Voir aussi Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2008, p. 145.
48. Par opposition à ce qu'il est convenu d'appeler le « monisme juridique » : Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1988) *Revue du droit public* 660, 673. Pour des sources québécoises sur le pluralisme juridique et les différentes conceptions théoriques qui en sont véhiculées, voir Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91 ; Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11, 12 et Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », (2011) 26 *Revue canadienne Droit et Société* 257 ; Roderick A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », (1986) 18 *Sociologie et Société* 47 et « Custom Made – For a Non-chirographic Critical Legal Pluralism », (2011) 26 *Revue canadienne Droit et Société* 301 ; Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Éditions Thémis et Bruylant, 1998. Dans une perspective plus générale, voir Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975 ; Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », dans *Le Droit en procès*, Paris, P.U.F., 1984, p. 7-49 et Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F., 1988, p. 83 et s.
49. Boaventura de Sousa Santos présente l'internormativité (qu'il désigne sous le nom d'« interlégalité ») comme étant la « contrepartie phénoménologique de la pluralité juridique : Bonaventura DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », (1988) 10 *Droit et société* 379, 403. Pour Guy Rocher l'internormativité réfère, dans une première acception qui rejoint ici le sens auquel j'entends me rapporter, à la « dynamique des contacts entre systèmes normatifs, aux rapports de pouvoir et aux modalités d'influence et d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs » : 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, à la p. 28. Voir également Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 195, à la p. 196 et Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Répertoire du notariat Defrenois, 1995, p. 287 et s.

que certains entrevoient comme les vecteurs d'un droit postmoderne⁵⁰.

Ainsi, le simple fait d'attendre en ligne à l'arrêt d'autobus résulte d'une norme. Évidemment, telle norme ne trouve pas sa source dans un règlement ou dans une loi, mais dans une convention sociale⁵¹. Le Code de droit canonique, qui n'a rien à voir avec l'État, établit également des normes pour les membres de l'Église catholique. En cas de violation, ce ne sont pas les tribunaux civils qui pourront intervenir, mais une instance ecclésiastique. Les groupes criminels disposent aussi de leur propre code... Dans les trois cas, les normes ne proviennent pas de l'État et leurs « sanctions » ne sont pas assurées par les tribunaux⁵².

-
50. Boaventura DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », (1988) 10 *Droit et société* 379, 382 ; Barbara STARK, « Form One-Size-Fits-All to Postmodern Marriage Law », (2001) *Cal. L. Rev.* 1479, 1509. On associe également au postmodernisme du droit la souplesse et la flexibilité des modes de régulation des conduites, qu'incarne parfaitement le contrat : Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1988) *Revue du droit public* 660, 677 et s. Chevallier écrit ainsi : « Le procédé contractuel connaît dans les sociétés post-moderne un spectaculaire essor, au point d'apparaître comme un emblème de la post-modernité juridique : le contrat illustre pleinement en effet le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur l'accord de volonté ; dans tous les domaines de la vie sociale, s'impose désormais une nouvelle « culture de la négociation » qui conduit à privilégier le contrat » : Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2008, p. 138.
51. Dans une perspective similaire, de Béchillon écrit : « Ensemble, dans un club de boules, au sein du conseil d'administration d'une firme ou à l'intérieur d'une commune rurale, les animaux humains produisent les normes de leur fonctionnement commun et s'y assujettissent » : Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 96.
52. Le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* propose la définition suivante du terme « sanction » : « Réaction d'un groupe social ou d'une institution face à une certaine conduite, par laquelle s'exprime l'approbation ou la désapprobation de la conduite qu'on sanctionne, et sont renforcées les règles d'action du groupe dans sa tentative d'encourager ou de décourager ses membres pour qu'ils accomplissent certaines conduites ou s'abstiennent d'accomplir certaines autres, avec la perspective d'obtenir l'avantage ou de souffrir de la privation qui, du point de vue du sanctionné, forment le contenu de la sanction » : André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 536. Certains, comme Philippe Jestaz, se montrent réticents à l'idée d'utiliser le terme de « sanction » à l'égard de règles appartenant à d'autres ordres normatifs que le droit étatique : Philippe JESTAZ, « La sanction, cette inconnue du droit », D. 1986.chr. 197.201-202. Sur la notion floue et ambiguë de sanction et son rapport au droit, voir Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 85-86 et Charles-Albert MORAND, « La sanction », (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 293.

Si une norme reste une norme quel que soit le registre ou le système normatif auquel elle appartient⁵³, on peut aussi affirmer qu'un

53. Reste à savoir si toute norme non étatique peut être qualifiée de « juridique ou de « droit ». Selon le sociologue Guy Rocher, une norme non étatique ne peut recevoir cette qualification que si elle est présente un caractère *institutionnel*. Dans cette perspective, il y aurait donc *droit* lorsque l'on se trouve en présence d'un ensemble de règles considérées contraignantes par une unité sociale particulière, lesquelles règles sont élaborées, interprétées et appliquées par des agents ou appareils stables et spécialisés dans l'une ou l'autre de ces trois fonctions. Selon Rocher, toute norme qui ne rencontre pas ces critères de juridicité ne fait pas partie d'un « ordre juridique » (qu'il associe au « droit »), mais d'un « ordre normatif » (qu'il associe au « non droit »). Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91, 104-105. Pour une perspective institutionnelle comparable, voir Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 *Sociologie et sociétés* 11, 27. En revanche, d'autres auteurs semblent plutôt enclins à nommer *droit* « tout système de normes destinées à la régulation d'une société humaine » : Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 136. Pour des raisons de pragmatisme opératoire, cet auteur se rallie toutefois à une définition « stipulative » du droit centrée sur son appartenance au système de l'État (voir p. 239 et s. et p. 261). Bien qu'il n'hésite pas à reconnaître les limites de ses prétentions, Philippe Jestaz semble quant à lui limiter le droit aux seules normes auxquelles s'attachent des conséquences (ce qu'il appelle non pas « sanction » mais plutôt « tarif ») susceptibles d'être portées à l'attention d'un juge : Philippe JESTAZ, « La sanction, cette inconnue du droit », D. 1986.chr.197.204. La définition du *droit* la plus englobante qui soit, celle de Roderick A. Macdonald, inclut les normes de toute provenance auxquelles ses destinataires ont manifesté leur adhésion par leur comportement, y compris les « présupposés tacites qui servent d'assises aux communautés et aux sous-groupes sociaux ». Il est intéressant de noter que pour Macdonald, ces espaces de régulation privée échoient aux acteurs privés en raison d'une délégation étatique implicite, ceux-ci en étant investis en raison de l'abstention de l'État d'y intervenir. Si l'on retient cette définition élargie, les normes émanant de la « charte de vie commune » constitueraient donc du *droit* à proprement parler : Roderick A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », (1986) 18 *Sociologie et Société* 47, 53. Voir également « *L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées* », (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 133. Cette question m'apparaît toutefois secondaire. Il n'est pas certain que Macneil lui-même verrait du *droit* ou du *juridique* dans la « charte de vie commune ». Comme l'affirme Belley à propos des normes émanant du contrat relationnel « [q]ue ces éléments apparaissant dans un rapport d'extériorité lorsqu'on les observe à partir de la sphère étatique soient représentés conceptuellement à travers les catégories nouvelles de «droit social» ou de «relations contractuelles» qu'on leur accorde ou non le statut de choses *juridiques* et l'aura de légitimité politique qui en découle dans les sociétés modernes, cela devient, à mon avis, affaire de pure convention scientifique. Droit de l'État contre droit de la Société du droit étatique des contrats contre environnement social total des relations contractuelles, l'affront à la pensée juridique dominante reste essentiellement le même : penser la réalité du droit ou du contrat à travers la seule perspective de l'espace étatique est un exercice intellectuel (à suivre...)

contrat reste un contrat même si les dispositions qu'il renferme ne sont pas conçues en termes de « prolongement de la loi »⁵⁴. En fait, un contrat peut générer une normativité dont la nature et la finalité exclut l'idée même d'une sanction judiciaire⁵⁵. C'est précisément dans cette perspective qu'il convient d'aborder la démarche contractuelle proposée.

En somme, la portée normative des clauses aux termes desquelles les conjoints poseraient les jalons de leur relation conjugale, en expliciteraient les grands enjeux et les grandes orientations, ne doit pas s'apprécier en fonction des repères hérités du positivisme juridique. Ce n'est pas la sanction judiciaire prononcée au jour de la rupture qui permettra d'en prendre la mesure, mais l'intérêt commun des conjoints de préserver leur relation et d'en assurer un fonctionnement harmonieux⁵⁶. En d'autres termes, les conjoints en respecteront les termes non pas parce qu'ils craignent d'être sanctionnés par les tribunaux, mais parce qu'à défaut de s'y conformer, leur relation perdra en harmonie et, dans certains cas, en viendra à se disloquer⁵⁷. Ne relevant plus du registre du droit étatique dont les

(suite...)

fondamentalement insuffisant et futile » : Jean-Guy BELLEY, « Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 102, à la p. 115-116.

54. Jean-Guy BELLEY, « Réflexion critique sur la culture notariale du contrat », (1996) 1 *C.P. du N.* 101, 117.
55. Belley emploie les termes d'« indépendance contractuelle » pour conceptualiser cet usage du contrat dépourvu de toute force obligatoire et relevant d'un registre autre que le droit étatique. « L'indépendance contractuelle écrit-il, s'exerce [...] à l'extérieur d'un système de droit, sans intention de produire un contrat juridiquement valide [au sens du droit étatique] ». Jean-Guy BELLEY, « Sans foi, ni loi : L'indépendance contractuelle », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 203, à la p. 208.
56. Sur cette notion d'intérêt commun en matière contractuelle, voir Jean-Guy BELLEY, « Sans foi, ni loi : L'indépendance contractuelle », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 203, à la p. 222. Pour une présentation générale du cadre juridique dans lequel s'articule la notion, voir Théo HASSLER, « L'intérêt commun », (1984) 37 *Rev. trim. dr. com.* 581.
57. C'est là une forme de « sanction » (au sens large du terme) tout à fait réelle, et parfois plus efficace que la sanction judiciaire. Discourant sur les différentes formes d'exclusion sociale pouvant résulter du non-respect de codes de conduite non étatiques, de Béchillon écrit : « Le bien le plus précieux, c'est peut-être le lien qui nous unit à nos congénères. Nous ne pouvons rester insensibles à ce qui nous délie » : Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 68. Guy Rocher reconnaît également le potentiel des normes non étatiques : « Des règles qui ne sont pas juridiques peuvent constituer un
(à suivre...)

effets se cristallisent essentiellement au moment où la relation prend fin, le contrat s'articule ici dans un tout autre espace-temps. Le changement de paradigme est manifeste⁵⁸ : de l'outil-sanction destiné à régler par anticipation les conséquences patrimoniales de la rupture, le contrat conjugal ainsi redéployé se transforme en instrument de communication, d'organisation et de planification de la relation elle-même, et ce, tant dans ses dimensions extrapatrimoniales que patrimoniales⁵⁹. Plutôt que d'être mis au service d'une

(suite...)

discours normatif efficace, comme c'est le cas, par exemple, de règles morales ou de traditions hautement respectées. Ces règles non juridiques peuvent même être plus efficaces que les règles juridiques » : Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91, 105. Voir aussi « L'effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Éditions Thémis et Bruylant, 1998, p. 133, à la p. 135 ; Catherine THIBIERGE, « Le droit souple », (2003) *RTD civ.* 599, 618 ; Jean-Guy BELLEY, « Sans foi, ni loi : L'indépendance contractuelle », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 203, à la p. 213 et Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Répertoire du notariat Defrenois, 1995, p. 287 et s. et Jean-Charles FROMENT, « L'autorité et la sanction. Sous l'angle de la philosophie du droit », (2005) 127 *Informations sociales* 60. 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*, 2nd Series, Oxford, Clarendon Press, p. 131, à la p. 148 et s., particulièrement à la p. 150.

58. J'emploie le terme « paradigme » en référence aux convictions fondamentales d'une science ou d'une discipline et aux modèles qui s'y rattachent. Voir Thomas S. KUHM, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983.

59. Certains pourraient qualifier la normativité résultant du modèle proposé de « droit mou ». Référant aux normes qui n'ont pas de caractère contraignant, Benyekhlef écrit : « Ces normes peuvent faire partie du droit mou, expression qui ne désigne pas, en langue française, le simple soft law du droit international mais plutôt les manifestations normatives relevant de la guidance ou du pilotage, bref ces normes ou ces standards qui visent à assurer la reproduction des équilibres sociaux sans s'appuyer sur les techniques classiques du droit moderne ». Poursuivant dans la même veine, Benyekhlef ajoute plus loin : « Le droit se transforme ainsi en modèle, revenant peut-être à son essence, et se dégage de la sorte de sa définition étroite le limitant aux seules normativités classiques (loi, règlement, jurisprudence). Les normes prescriptives ont alors tendance à diminuer pour faire place à des recommandations qu'on retrouve sous la forme de déclarations d'objectifs, de normes d'orientation, de programmes d'action. Ces nouveaux instruments sont révélateurs d'une flexibilité juridique croissante, à partir d'une norme de moins en moins prescriptive, plus procédurale, moins substantielle, correspondant plus à des principes de gestion et d'intervention ». Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les* (à suivre...)

séparation éventuelle, le contrat vise à préserver la relation des conjoints⁶⁰. La philosophie dominante du contrat devient la morale des aspirations plutôt que celle des obligations⁶¹.

Comprenons-nous bien. Il n'est évidemment pas question de vouloir tout « normer » au moyen du contrat. Prétendre que les conjoints pourraient devoir s'en remettre à un contrat pour gérer leur quotidien est non seulement impraticable, voire ridicule, mais nous ramène vers une conception transactionnelle du contrat qui,

(suite...)

normativités émergentes de la mondialisation, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 763 et 803. Voir aussi p. 31. Voir également Catherine THIBIERGE, « Le droit souple », (2003) *RTD civ.* 599, 612-613 qui y voit également l'expression d'un « droit doux » qui « [...] tend à réguler, à remettre en harmonie le corps social en s'appuyant sur ses forces. *Stricto sensu*, c'est un droit non imposé, que ce soit dans son élaboration – droit négocié – ou dans son expression – droit non prescriptif, plus recommandatoire qu'obligatoire ». De Béchillon constate pour sa part que « [l]e vocabulaire juridique a bel et bien adopté ces formes de régulations «douces» et incitatives » : Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 190. Voir aussi ce qu'écrit l'auteur à la page 216. Paul Amselek parle quant à lui de normes « à fonction directive souple, non-autoritaire, ou recommandation », par opposition aux normes « à fonction directive autoritaire ou commandements ». Voir Paul AMSELEK, « Norme et loi », (1980) 25 *Archives de philosophie du droit* 89, 96, 101 et 106. Voir également du même auteur « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », (1982) *Revue du droit public* 275, 286. Voir enfin J.B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », R.D publ. 1988.673.684.

60. Le contrat conjugal que nous proposons s'inscrit dans une conception du droit et de la justice que certains auteurs ont déjà théorisé de différentes façons. Ainsi, on pourrait y voir une manifestation de ce que Pierre Noreau appelle le droit préventif : *Le droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993. On peut également le rattacher à une conception de la justice plus horizontale que verticale, ce que le sociologue Jacques Commaille nomme la « justice comme opérateur du social ». Dans cette perspective, observe-t-il, « l'efficacité de la fonction de justice tient non plus au respect qu'elle inspire par la distance établie mais à son immersion dans le social (je dirais quant à moi dans le « conjugal »). Si, dans le premier modèle (justice verticale, *par le haut*, résultant des normes étatiques), on était dans une génétique du religieux, du sacré et, par conséquent, du transcendant, on se trouve ici dans une génétique de la communauté et, par conséquent, de l'immanence. Jacques COMMAILLE, « La fonction de justice et le changement de régime de régulation des sociétés », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 88, à la p. 91.

61. Ce sont les termes qu'emploie Belley à propos du contrat relationnel dépourvu de force obligatoire : Jean-Guy BELLEY, « Sans foi, ni loi : L'indépendance contractuelle », dans Benoit MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 203, à la p. 222. Voir également Jean-Guy BELLEY « Une philosophie de l'aspiration juridique : l'art de bien se contraindre », (2000) 44 *Archives de philosophie du droit* 317, 327.

comme je l'ai déjà mentionné, aspire à l'exhaustivité normative. J'ai employé le mot « charte », j'ai parlé d'engagements relationnels en termes de principes, d'orientations, de valeurs, de paramètres qui n'ont pas vocation à se substituer à la normativité spontanée émanant des interactions quotidiennes, mais à lui donner des balises claires et consensuelles⁶². Balises que les conjoints pourront par ailleurs renégocier chaque fois que l'évolution de leur relation le justifiera.

Il est intéressant de noter que cette conception du contrat, quasi absente du discours des juristes, trouve écho chez les acteurs socio-économiques québécois. En matière civile et commerciale, les partenaires engagés dans un rapport contractuel de longue durée observent souvent le contrat qui les régit au moyen d'une lentille relationnelle. Les travaux de recherche du professeur Jean-Guy Belley réalisés dans les années 1990 dans la région du Saguenay le démontrent de manière convaincante. Son étude des relations contractuelles que la compagnie d'aluminerie Alcan entretient avec ses fournisseurs locaux dévoile une réalité insoupçonnée des juristes⁶³. Pour les parties, le contrat n'a manifestement pas le même sens que celui que lui accolent traditionnellement les juristes. Plutôt que d'y voir le document statique au moyen duquel des obligations légalement sanctionnables seront arrêtées, les parties utilisent leur contrat à la manière d'un « blue-print »⁶⁴. Là où le juriste voit des obligations légales rigides, les parties voient des attentes ouvertes susceptibles de renégociation. Là où, à la suite d'un manquement, le juriste voit poindre la perspective d'une rupture judiciairisée, les parties voient l'occasion de réajuster leurs prestations de manière à

62. De ces balises claires et consensuelles résultera plus formellement « l'acte de volonté » qui se trouve à la base de la norme juridique créée par le contrat. Certes, la norme ici stipulée (de même que le « contrat » qui la renferme) se situe dans un univers normatif autre que le droit étatique, mais on ne saurait pour autant nier le fait qu'elle repose aussi sur un « acte de volonté ». Par analogie, voir l'analyse Kelsénienne de Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 272.

63. Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 et « Le contrat comme instrument de justice en droit privé », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 379, à la p. 388.

64. Pour une perspective américaine de telles pratiques contractuelles, voir 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) *Wisconsin L. Rev.* 465. Voir également Mark C. SUCHMAN, « The Contract as Social Artefact », (2003) *Law & Society Rev.* 91.

ce que leur relation redevienne fonctionnelle et mutuellement satisfaisante.

Au-delà des théories abstraites, la conception relationnelle du contrat collerait donc à la réalité concrète des acteurs socioéconomiques. Notaires et avocats qui œuvrent dans le domaine du droit commercial seraient bien avisés d'en prendre acte et d'ajuster leurs interventions en conséquence, faute de quoi le fossé entre leur représentation du contrat et celle des acteurs pourrait bien s'élargir. Incidemment, le positionnement stratégique qu'ils occupent auprès des gens d'affaires pourrait en souffrir.

Qu'en est-il en matière conjugale ? Le passage de la théorie à la pratique est-il là aussi envisageable ? Que disent les notaires et les avocats du modèle alternatif proposé ? Comment réagissent-ils à l'idée d'aborder les contrats de mariage et d'union de fait en fonction de la perspective relationnelle et internormative sur laquelle repose la charte de vie commune ? Quant aux conjoints, la dynamique qui les anime s'avère-t-elle compatible avec cette forme de rationalité contractuelle ? Telles sont les questions que j'aborderai maintenant.

2. LE CONTRAT CONJUGAL : DE LA THÉORIE À LA PRATIQUE

2.1 Une lueur de renouveau professionnel

Au nombre des notaires et des avocats qui m'ont alimenté en contrats de mariage et en contrats d'union de fait, 10 ont accepté de se soumettre à un entretien semi dirigé d'une durée d'environ une heure et demie. Ces rencontres m'ont non seulement permis de comprendre la conception du contrat conjugal à laquelle adhèrent ces praticiens et praticiennes, mais également de tester leurs réactions face au renouveau professionnel suggéré. Certes, les résultats colligés à la suite d'entretiens de ce type ne permettent pas de quantifier quoi que ce soit, une recherche qualitative n'ayant aucune valeur représentative au plan statistique. Les réponses obtenues permettent toutefois d'identifier les discours professionnels existants et d'en saisir les subtilités. Bien qu'un compte rendu exhaustif de cette recherche ait déjà été publié⁶⁵, je me permettrai ici de

65. Alain ROY et Violaine LEMAY, *Le contrat conjugal, pour l'amour ou pour la guerre. Étude empirique des représentations professionnelles du contrat chez les juristes et les psychothérapeutes conjugaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

rappeler trois des principales conclusions auxquelles les entretiens effectués ont conduit.

D'abord, comme le suggérait l'analyse documentaire préalablement effectuée, les juristes rencontrés se perçoivent comme des agents de la normativité étatique⁶⁶. Ils ne conçoivent leur mission qu'en référence au droit de l'État⁶⁷. La seule et unique fonction qu'ils se reconnaissent est celle d'assurer la validité légale et le caractère sanctionnable des engagements pris par les parties⁶⁸. En somme, affirment-ils, un engagement qui n'est assorti d'aucune force obligatoire au sens de la loi n'a tout simplement pas sa place dans un contrat⁶⁹.

Les juristes rencontrés nous ont également confirmé l'orientation normative qu'ils attribuent au contrat conjugal. À leurs dires, un tel contrat est par nature orienté vers le règlement consensuel des conséquences patrimoniales de la séparation. Les praticiens

66. Plutôt que d'adhérer à une conception pluraliste du droit et de la normativité, les juristes en véhiculent donc une conception « moniste ». Voir Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91, 96.

67. Ces juristes se seraient reconnus dans les propos de Jean Carbonnier : « Le droit est *un* pour les juristes modernes parce qu'il se confond avec l'État » et dans ceux de Guy Rocher : « Lorsqu'il évoque le droit, objet de sa pratique ou de ses recherches, le juriste sait généralement bien en reconnaître la nature, l'étendue et les frontières. Le droit dont il s'agit pour lui, c'est ce qu'il appelle souvent lui-même le droit positif. [...] le droit positif du juriste est lié à l'État et à ses appareils. Le juriste ne reconnaît rien de juridique en dehors de ce que des tribunaux peuvent accepter comme tel ». Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 19 et Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91, 93 et 95. Voir également Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 142-143.

68. Cette conception du contrat est d'ailleurs conforme à la conception du contrat dans la culture moderne. Belley écrit en ce sens : « Dans la culture moderne, le contrat se conçoit idéalement comme un accord de volontés valide en droit, i-e comme la source consensuelle de prétentions légitimes (droits réels, créances, pouvoirs, facultés, privilèges, immunités) à la satisfaction desquelles la justice publique prêtera en principe son concours si la demande lui en est faite par une partie qui s'estime lésée par le comportement d'autrui. Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme instrument de justice en droit privé », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 379, à la p. 388.

69. À vrai dire, ces juristes considèrent que ces « pseudo engagements » ne valent rien, se rattachant ainsi à la conception qu'entretenait Hobbes de la parole donnée : « [...] les liens tissés par les paroles sont trop fragiles pour tenir en lisière l'ambition, la cupidité et la colère des hommes s'ils n'ont pas la crainte de quelque pouvoir coercitif » : Thomas HOBBS, *Leviathan*, Paris, Sirey, 1971, p. 136.

avec qui nous nous sommes entretenus adhèrent donc à la triade « obligations patrimoniales – rupture – tribunal » précédemment mise en lumière. Dans leur esprit, le contrat de mariage ou d'union de fait n'a qu'un seul objectif, celui d'établir le cadre à l'intérieur duquel les avoirs respectifs des conjoints seront éventuellement partagés. Un cadre auquel ceux-ci pourront s'en remettre lors de la rupture et qui, en cas de litige, s'imposera au tribunal.

La troisième et dernière conclusion est sans doute la plus intéressante en ce qu'elle nous a permis de faire le lien entre les conceptions classiques du contrat et de la normativité et le modèle théorique que sous-tend la « charte de vie commune ». Pour deux des juristes rencontrés, le contrat conjugal s'inscrit dans une démarche holistique. S'affranchissant des limites conceptuelles qui semblent s'imposer à leurs consœurs et confrères, ils se refusent de restreindre leur intervention à la seule question du régime matrimonial ou du partage de la résidence familiale, selon le cas. Une avocate de Montréal souvent appelée à rédiger des conventions d'union de fait au bénéfice de couples de lesbiennes affirme ainsi :

Comment les juristes peuvent penser que la seule chose à faire, c'est de régler le partage de la propriété de l'immeuble. [...] Ce n'est pas ma vision du couple, même en union de fait. Un couple, ce n'est pas qu'un partage d'immeuble [...].

Pour cette juriste, les conjoints doivent d'abord et avant tout cerner leurs objectifs communs :

Où vous situez-vous ? Quels sont vos biens actuels ? Si vous vous en allez vivre en union de fait avec quelqu'un, comment vous voyez-ça ? Et pourquoi vous le faites ? Quels sont vos projets communs ? Je ne suis pas en train de vous donner un cours de préparation au mariage, mais c'est pratiquement ça.

Vient ensuite le contrat proprement dit. Adhérant sans le dire à une vision pluraliste du droit et de la normativité, la juriste n'hésite pas à inclure dans le contrat des conjoints des clauses qu'elle sait pertinemment non sanctionnables par les tribunaux mais qui, selon elle, ont le mérite de clarifier les choses et, conséquemment, de prévenir des différends. Se référant à ses propres dossiers, elle cite en exemple une clause qui précise la religion dans laquelle les enfants du couple seront éduqués, une autre énonçant leur volonté de privilégier l'école privée. Elle nous parle également d'une clause au terme de laquelle un conjoint aura exprimé sa volonté de mettre sa carrière

ALAIN ROY Qu'avez-vous fait de mon contrat de mariage ? Je l'ai réinventé !

en veilleuse si l'état de santé d'un enfant l'exigeait. De telles clauses, prévient-elle, ne créent pas d'obligations légales et les conjoints en sont clairement informés. Ceux-ci les considéreraient néanmoins utiles dans la mesure où elles leur permettent de baliser leur projet de vie commune.

Dans une perspective semblable, un notaire de Montréal adopte une posture professionnelle à la limite du droit et du counselling conjugal :

Mon rôle va au-delà des aspects légaux. Je m'intéresse aux autres normes que les conjoints peuvent avoir en matière financière, en matière de planification des naissances et d'éducation des enfants, etc. Il faut que le couple soit intégré dans le document. Je me vois comme un conseiller matrimonial.

Pour ce notaire, le bon fonctionnement du couple nécessite une synchronisation des valeurs :

Combien de couples en union de fait n'abordent pas certains sujets fondamentaux ? Ils vont se retrouver 3 soirs chez un, 4 soirs chez l'autre puis, finalement, un beau jour, ils décideront d'emménager chez l'un d'eux. Et ils n'auront jamais eu l'occasion de se projeter dans le temps. Est-ce que nous voulons des enfants ? De quelle façon on veut fonctionner ? Etc. Si je vais au bout de ma logique, nous dit-il, je vais proposer aux gens de mettre leurs aspirations par écrit, c'est-à-dire dans le contrat. Pourquoi par écrit, pour leur permettre de savoir où ils étaient à telle époque, où ils s'en vont et comment, éventuellement, ils ont évolué, étant donné le fait que leur relation est dynamique.

Vu le caractère dynamique qu'il reconnaît à la relation des conjoints, ce notaire leur propose d'inclure dans leur contrat conjugal une clause « suivi juridique ». Reproduite au Répertoire de droit de la Chambre des notaires depuis 1999, cette clause se lit ainsi :

Les futurs époux reconnaissent que le présent contrat est établi en fonction de leur situation actuelle, des prévisions raisonnables qui peuvent être faites sur la base de cette situation et des lois et règlements en vigueur aujourd'hui. Ils reconnaissent qu'une évolution dans leur situation ou qu'un changement dans l'état du droit pourrait affecter l'équilibre des prestations souhaité aux termes des présentes.

En conséquence, les futurs époux s'engagent à consulter un notaire de leur choix à tous les ans à compter de la date des présentes et à requérir un examen juridique de leur situation matrimoniale

et familiale de façon à ce que les modifications appropriées, le cas échéant, puissent être apportées en temps utile. Les frais des consultations seront payés par eux, proportionnellement à leurs facultés respectives.⁷⁰

Le discours de ces deux juristes témoigne de l'existence d'une pratique du contrat conjugal que l'analyse documentaire ne laissait pas présager. Bien qu'elle soit sans doute marginale, cette pratique n'en demeure pas moins révélatrice d'une conception renouvelée du contrat conjugal. Une conception qui fait clairement écho aux principes théoriques sur lesquels repose la charte de vie commune. En effet, ces contrats dont ces juristes se font promoteurs n'appartiennent pas au seul registre de la normativité étatique. Partant, l'orientation qu'ils leur attribuent ne pointe pas exclusivement vers la rupture. Le contrat ou, plus généralement, le processus contractuel, se présente en termes d'instrument de communication et d'explicitation tourné vers la relation elle-même. Une relation qu'ils savent pertinemment évolutive. Loin d'eux l'intention de le nier en exagérant la portée du contrat. Pour l'avocate, on y pose des balises relationnelles à l'intérieur desquelles la normativité spontanée du couple pourra s'exprimer ; pour le notaire, on y stipule une clause de suivi juridique qui permettra d'en assurer la mise à jour.

On ne se surprendra guère de l'ouverture que ces deux juristes ont pu manifester lorsque nous les avons interrogés sur le nouveau professionnel qu'implique la charte de vie commune. On ne s'étonnera pas davantage de la fermeture que les autres juristes ont quant à eux opposé. Ces autres juristes, notaires et avocats confondus, ont réagi très négativement à l'idée d'intégrer dans un contrat conjugal des engagements extrapatrimoniaux dépourvus de toute force obligatoire⁷¹. Incapables d'apprécier la pertinence ou la valeur d'un engagement en fonction d'un autre ordre normatif que le droit étatique, ces juristes ont taxé la démarche proposée de fausse repré-

70. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, Répertoire de droit/Nouvelle série, Formulaires, Famille, Documents 1.1 et 1.2, janvier 2012. Cette clause a été insérée au Répertoire de droit à la suite de la publication d'un article que j'ai écrit en 1995 : Alain ROY, « Des contrats de mariage innovateurs », (1995) 98 R. du N. 64.

71. On peut supposer qu'ils réagiraient tout aussi négativement à l'idée de rédiger ce qu'on appelle un « gentleman's agreement » puisqu'un tel « engagement » exclut également l'idée d'une sanction judiciaire. Voir Brigitte LEFEBVRE, « Le « gentleman's agreement » : Aspects théoriques et pratiques », dans *Contemporary Law 1998 – Droit contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 91. Voir également BRUNO OPPETIT, « L'engagement d'honneur », D. 1979.chr.107.

sensation, d'abus de pouvoir, de malhonnêteté professionnelle, de manque de sérieux, voire de faute déontologique⁷². De leur point de vue, l'expertise juridique du notaire et de l'avocat se limite au droit étatique⁷³. Les autres normes, s'il en est, relèvent d'un autre paradigme disciplinaire et, incidemment, échappent à leur compétence professionnelle.

2.2 Des couples ouverts à la rationalité contractuelle

Les entretiens réalisés auprès des juristes m'ont permis de consolider l'analyse documentaire préalablement effectuée. Le discours dominant révèle un juriste classique dont la pensée contractuelle s'articule autour du modèle transactionnel. Le juriste réduit tout contrat à l'expression d'obligations légalement sanctionnables. Celui-ci n'aura d'utilité concrète qu'au moment de la rupture, la contrainte associée au droit étatique ne pouvant naturellement se concevoir qu'au terme de la relation. En matière conjugale plus qu'en toute autre matière, cette acception lui paraîtra indiscutable.

72. De telles réactions tendent à donner raison à Marc Galanter qui affirme que « [l]es séides du centralisme juridique [au sens de droit étatique] n'ont que dédain pour ces ordres inférieurs de règles [sic] » : Marc GALENTER, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », dans Mauro CAPPELLETTI (dir.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984, p. 151, à la p. 171. Certains verront plutôt dans ces commentaires la marque du conservatisme dont sont souvent accusés les juristes : « Gardien, par définition, d'une orthodoxie – étymologiquement : un dogme ou une règle pour aller droit –, l'homo juridicus est probablement assez porté à la conservation ; par complexion psychique, et probablement aussi par déterminisme social. D'où une certaine tendance à l'immobilité théorique » : Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 39. Pour une réflexion sur l'incapacité des juristes d'intégrer à leur conception du droit et à leur pratique professionnelle les réalités du « monde » extérieur, voir Christian ATIAS, « Quelques observations sur une chrono-cosmologie juridique », (2002) *Revue de la recherche juridique* 135.

73. À cet égard, Rivero écrit : « la règle de droit, c'est dans la conception dominante et aussi dans l'opinion la règle dont la violation appelle l'intervention du juge ; de cette intervention, elle tire sa spécificité théorique par rapport aux autres règles de conduite, et son efficacité pratique » : Jean RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de Droit », dans *Études L. Julliot de la Morandière*, Paris, Éditions Dalloz, 1974, p. 457. Thibierge dirait sûrement de ces juristes qu'ils sont des adeptes du « droit dur », par opposition au « droit doux » : Catherine THIBIERGE, « Le droit souple », (2003) *RTD civ.* 599, 615 et s. Pour paraphraser Auby qui constate le courant de pensée dominant selon lequel « [...] en s'éloignant du registre du commandement, le droit fait autre chose que ce qu'on lui demande de faire », ces juristes prétendraient sans doute qu'on leur demande de faire du contrat autre chose que ce que le droit attend de lui : J.B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », (1988) *R.D. publ.* 673.

Comment le sentiment amoureux censé unir les conjoints pourrait-il s'accommoder d'une sanction judiciaire ? Qui plus est, l'amour n'exclut-il pas toute forme de rationalité ? Ne dit-on pas souvent qu'amour et raison ne font pas bon ménage ?

Cette question ouvre une autre piste de réflexion. N'y aurait-il pas dans cette dichotomie un autre obstacle au renouveau contractuel proposé ? Aussi porteuses soient-elles, les théories qui permettent d'envisager le recours au contrat comme mode de régulation des relations de longue durée se buteraient-elles aux particularités de la relation conjugale ? Autrement dit, le couple, ou l'amour qui en constitue la base, serait-il par nature imperméable à toute forme de rationalité contractuelle ? En collaboration avec la sociologue Hélène Belleau, c'est ce que j'ai voulu vérifier dans le cadre d'entretiens menés auprès de conjoints⁷⁴. Si tant est que certains juristes soient enclins à adhérer à la démarche suggérée, encore faut-il qu'elle puisse s'harmoniser avec la dynamique des principaux intéressés.

Au total, nous avons rencontré 45 hommes et femmes mariés ou unis de fait, de différentes tranches d'âge et de différents degrés de scolarité⁷⁵. Tous étaient de culture canadienne française et la plupart résidaient dans la région de Montréal⁷⁶. D'une durée d'environ une heure et demie, les entretiens réalisés m'ont permis d'esquisser un portrait des possibles aspirations normatives des conjoints et d'en « mesurer » la compatibilité avec la rationalité contractuelle à la base de la démarche suggérée. Pour des raisons évidentes, nous n'avons pas initié les rencontres en évoquant le contrat de mariage ou d'union de fait. Référencer à ce concept d'entrée de jeu aurait teinté l'entrevue d'une touche légaliste et, incidemment,

74. Alain ROY et Hélène BELLEAU, *Analyse empirique des représentations du contrat chez les couples*, CRSH, 2007-2010.

75. Au moment des entrevues, les répondants étaient âgés entre 25 et 52 ans et faisaient vie commune (Sexe : H = 22 ; F = 23 / Statut marital : Mariés = 20 [religieusement = 15 ; civilement = 5] ; Unis de fait = 25 / Scolarité : Universitaire = 16 ; Collégial = 17 ; Secondaire = 12 / Durée de vie commune : 5 ans et moins = 6 ; Entre 5 ans et 10 ans = 21 ; Entre 10 et 15 ans = 8 ; Entre 15 ans et 20 ans = 2 ; Plus de 20 ans = 7 (1 indéterminé). Parmi les limites de cette enquête, mentionnons la petite taille de l'échantillon, qui ne nous permet pas de nous prononcer sur les différences susceptibles d'exister entre les répondants en fonction du sexe, de l'âge ou du degré de scolarité.

76. Puisque les rapports conjugaux et familiaux sont fortement teintés culturellement, nous avons choisi d'exclure les conjoints appartenant à d'autres cultures.

auraient pu entraîner les répondants dans le piège de la normativité étatique auquel nous cherchons pourtant à nous soustraire.

Dans un premier temps, nous avons tenté de cerner la propension des répondants à discuter ouvertement des tenants et aboutissants de leur projet de vie commune avec leur conjoint. L'existence de discussions ouvertes, qu'on peut assimiler à une forme de négociation conjugale, représente un prérequis à l'approche contractuelle suggérée⁷⁷. En termes méthodologiques, on peut y voir le premier indicateur à l'aune duquel la rationalité contractuelle du couple peut être évaluée⁷⁸.

Les propos des répondants sont de nature à réjouir les spécialistes de la relation conjugale qui s'évertuent depuis plusieurs années à vanter les mérites d'une bonne communication conjugale⁷⁹. En grande majorité, les répondants se disent enclins à discuter ouvertement des valeurs et des grands enjeux de leur vie conjugale, que ce soit au niveau de la fidélité, des croyances religieuses⁸⁰, des carrières,

77. Jean-Claude Kaufmann classe les communications conjugales en cinq catégories. La première réfère aux conversations de tous les jours, sans implication immédiate ; la seconde est constituée des échanges affectifs et amoureux ou, en d'autres termes, des paroles de réconfort ; la troisième renvoie aux discussions visant à élaborer les choix tactiques et stratégiques de l'entreprise conjugale ; la quatrième fait référence à la gestion de l'insatisfaction et des différends et la cinquième se rapporte aux tentatives d'analyse de la relation elle-même, de bilans et d'éventuelles réformes. Puisqu'elles se situent généralement dans un contexte de négociation et contribuent d'une façon ou d'une autre à structurer le cadre de la relation, seules les trois dernières catégories nous intéressent. Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, P.U.F., 1993, p. 112-113.

78. Traduisant la perception « romantique » selon laquelle l'amour vient à bout de tous les problèmes sans qu'il ne soit question de les affronter directement, Luhmann écrit : « Il [l'amour] peut être affecté par la communication explicite, par les questions et réponses, de façon vraiment désagréable parce qu'en elles s'exprime le fait que quelque chose ne va pas de soi [...] « [...] une distance plus ou moins marquée à l'égard de la *raison* et de la *prudence* fait également partie de la sémantique et appartient aussi aux nécessités de la présentation de l'amour : on montrerait mal sa Passion si l'on montrait qu'on peut la maîtriser. [...] la codification des formes d'expression favorise les doutes sur l'authenticité des sentiments. » : Niklas LUHMANN, *Amour comme Passion*, Alençon, Éditions Aubier, 1990, p. 39-40 et 91.

79. Voir les études répertoriées dans Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 158 et s.

80. (Répondant 21) : « Bien parce que justement, nous autres ça s'est vraiment présenté [discussions autour de la religion]. On en a discuté dès le début parce que pour nous, il y avait vraiment un gros contraste. Elle était très croyante et moi j'étais ouvertement athée. C'est sûr qu'au début on en a discuté parce qu'on se disait, qu'est-ce que ça donne de continuer un couple comme ça quand on a un gros désaccord à ce niveau-là. Ça fait que ça a été discuté [...] ».

des enfants à venir⁸¹ ou nés d'une union antérieure⁸², des finances, de la belle-famille⁸³, des tâches ménagères⁸⁴, autant d'enjeux sur lesquels nous les avons directement interpellés. Dépendamment des sujets et de l'âge auquel les répondants se sont unis, les discussions vont survenir au début de la relation⁸⁵, au moment de la « mise en ménage »⁸⁶ ou après un certain temps⁸⁷. Certains enjeux ne feront surface qu'à la suite d'une décision fondamentale, comme l'achat d'une première maison ou la mise en œuvre d'un projet parental⁸⁸.

-
81. (Répondant 6) : « On en a discuté, puis c'était clair qu'on voulait en avoir, les deux. C'était un des facteurs décisionnels : veux-tu des enfants ? Oui. Moi aussi. Ok, good ».
82. Peu de répondants se trouvaient réellement dans une situation de famille recomposée. Leur ouverture à la discussion s'avère donc ici plus abstraite que concrète. Les quelques répondants se trouvant dans cette situation se sont cependant tous dits favorables à la discussion ouverte. En parlant d'une relation antérieure, l'un d'eux (47) affirme : « Son enfant [l'enfant de sa conjointe] m'adorait, mais un moment donné la mère s'est sentie peut-être délaissée. Elle a fini par trouver que je prenais beaucoup de place avec son enfant. La relation n'a pas fonctionné en partie à cause de ça. En fait, c'est devenu à un moment donné conflictuel entre moi et cette personne-là peut-être parce qu'on n'en avait pas assez discuté, justement ».
83. Les relations avec la belle-famille représentent un enjeu jugé délicat, voire épineux, par plusieurs répondants. Faute de discussions franches, quelques répondants constatent aujourd'hui l'existence de tensions qu'ils ne souhaitent pas remuer.
84. En ce qui a trait aux tâches ménagères, plusieurs répondants disent toutefois s'en remettre aux « ententes implicites » qui naissent des interactions spontanées et de l'observation. Quelques répondants masculins semblent d'ailleurs s'accommoder du fait de ne pas trop verbaliser sur le sujet, histoire de ne pas faire ressortir leur faible contribution...
85. Plusieurs répondants estiment que le début de la relation représente le moment le plus propice pour discuter des grands enjeux du couple. Quelques répondants mariés religieusement se sont prêtés à l'exercice dans le cadre de cours de préparation au mariage, d'autres sans intermédiaire. Toutefois, certains répondants qui se sont unis au tout début de la vingtaine, voire avant, considèrent qu'ils étaient alors trop jeunes ou trop peu matures pour entamer certaines discussions. Rares sont les répondants qui évoquent l'idéalisme amoureux existant généralement au début de la relation comme obstacle à la discussion. Et ceux qui mentionnent cette considération le font non pas de manière générale, mais en référence à certains enjeux bien spécifiques, comme la fidélité.
86. Tel est précisément le cas des aspects financiers et des tâches ménagères.
87. Sur la question des enfants, plusieurs jugent les discussions prématurées avant un certain niveau d'engagement.
88. En lien avec le travail, un répondant déclare (33) : « Ben ça avec, je pense que c'est quand on parle de la conception, pour savoir justement, si on voit l'éducation de nos enfants de la même façon. Parce que dans le fond, ça peut faire beaucoup de conflits dans le sens que si Madame est une femme de carrière, alors que Monsieur dit ne pas pouvoir terminer le travail tôt... Exemple, lui veut que les enfants soit à 3 heures à la maison chez eux alors qu'elle dit ne pas (à suivre...)

Les différends majeurs qui peuvent opposer les conjoints sont également perçus comme autant d'événements déclencheurs⁸⁹. Pour plusieurs, la communication ouverte représente un véritable *modus vivandi*, tous les moments de la vie quotidienne leur offrant l'occasion de confronter leurs valeurs avec leur conjoint et d'établir des consensus.

Bref, les conjoints rencontrés considèrent généralement opportun, voire nécessaire, de discuter de leurs différences et de leurs convergences⁹⁰. Très peu d'enjeu ne semble échapper à leur « compétence » en raison de tabous ou de normes externes qui s'imposeraient à eux⁹¹. Par ces « négociations », les conjoints s'autorisent donc à investir l'espace laissé vacant par le retrait des normes religieuses et sociales qui prévalaient autrefois.

Il est intéressant de constater l'écart qui sépare les réponses obtenues des analyses réalisées par certains sociologues du couple qui concluent au caractère essentiellement implicite des négociations conjugales. Ainsi, Jean-Claude Kaufman écrivait en 1993 :

L'essentiel de la communication critique et négociatrice [entre conjoints] contourne l'utilisation de la parole ouverte, franche et bien construite. Grâce à des procédés multiples qui ont en commun de faire comprendre (plus ou moins bien) sans rompre les automatismes et ce qui va de soi, à dire ou plutôt laisser entendre brièvement quel-

(suite...)

pouvoir finir son travail plus tôt... C'est important d'en parler avant de faire les enfants, parce que sinon il va y avoir une séparation. Il y en a un qui va être malheureux c'est sûr ».

89. En lien avec le travail, un répondant (2) qui s'est séparé en raison du surinvestissement de son conjoint au travail affirme : « C'est pour ça qu'on s'est séparé. En gros. Ça été fait, on a discuté. On a discuté, puis à ce période là ben, la force des choses dans la vie aussi, tu ne choisis pas nécessairement de travailler soixante-dix heures par semaine. Et puis après avoir vécu ça, à cette période-là, quand on est revenu ensemble, c'était une question pour moi de mettre nos priorités à la bonne place ». Parlant des tâches ménagères, une répondante (46) s'exprime ainsi : « Ça, on s'en est parlé aussi. J'ai dit que je ne pouvais pas tout faire, que je n'étais pas Dieu le père. J'ai dit : je vais avoir besoin d'un coup de main. Ça fait que c'est là qu'on a discuté ».

90. Si ces divergences existent entre conjoints tous deux de culture canadienne-française, on peut facilement imaginer qu'elles s'exacerbent lorsqu'ils proviennent de cultures différentes.

91. Deux répondants disent exclure la religion des discussions conjugales en raison du caractère individuel qu'ils y attribuent.

ques petites choses sans casser la machine à faire fonctionner le couple, fondée sur l'implicite.⁹²

Est-ce à dire que nos répondants ont exagéré leurs aptitudes communicationnelles ? Sans doute certains d'entre eux n'auront pas su résister à la tentation de se mettre au diapason du discours ambiant, indépendamment de leur pratique réelle. Comme dans toute autre enquête de ce type, on ne saurait toutefois prêter cette intention à l'ensemble des répondants. Deux autres explications peuvent être soumises. D'abord, les études de Kaufmann datent de plus d'une décennie⁹³. Il se peut que les dynamiques conjugales aient depuis évolué. En outre, Kaufmann a réalisé ses enquêtes en France où les rapports homme-femme ne traduisent pas le même degré d'égalité qu'au Québec, du moins selon les thèses officielles⁹⁴. Or, il est possible de croire que la communication conjugale se déploie davantage dans un contexte plus égalitaire. Une analyse plus fine des dynamiques conjugales permettrait sans doute de cerner de façon plus précise les raisons qui peuvent expliquer l'écart observé.

Comme seconde question, nous avons demandé aux répondants s'ils considéreraient utile et pertinent de mettre le fruit de leurs discussions par écrit. En fait, il s'agissait d'amener les conjoints à envisager le recours à un formalisme qui n'a généralement pas cours en matière conjugale⁹⁵. Évidemment, nous nous sommes bien gardés de faire référence au terme « contrat », histoire de ne pas entraîner les répondants dans l'univers de la contrainte légale qu'ils pourraient naturellement associer à ce concept.

Deux discours opposés se sont fait entendre. Plusieurs se sont montrés réfractaires à la proposition, considérant le recours à l'écrit inapproprié, voire contre-nature, dans le cadre d'une relation intime

92. Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, P.U.F., 1993, p. 114. Voir également Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992.

93. Étant entendu que nos propres entrevues ont eu lieu entre 2008 et 2011.

94. Selon certaines études, les thèses « officielles » doivent être abordées avec circonspection, les individus déployant beaucoup plus d'énergie créative à organiser un discours égalitaire qu'à la mettre véritablement en pratique. Voir en ce sens Lynn JAMIESON, « Intimacy Transformed ? A Critical Look at the «Pure Relationship» », (1999) 33 *Sociology* 477.

95. Rousseau écrivait « l'on rend ses sentiments quand on parle et ses idées quand on écrit » : Jean-Jacques ROUSSEAU, *Essai sur l'origine des langues*, Paris, Nizet, 1970, p. 67.

basée sur la confiance et le sentiment amoureux⁹⁶. De leur point de vue, l'écrit formalise ce qui par nature doit rester informel⁹⁷. Il importe une logique rigide là où la spontanéité doit régner⁹⁸. Il fixe ce qui est appelé à évoluer⁹⁹. Il crée une sorte d'obligation là où la bonne volonté devrait suffire¹⁰⁰. Malgré l'absence de toute référence au concept contractuel, certains ont d'emblée associé l'écrit à la contrainte, voire à la sanction¹⁰¹. Et à leur avis, les enjeux relationnels du couple n'ont pas leur place dans un document dont l'un des conjoints pourrait éventuellement se servir contre l'autre¹⁰².

En revanche, d'autres répondants se sont empressés de reconnaître différentes vertus au document écrit¹⁰³. À leurs yeux, l'écrit permet de clarifier, de préciser, d'explicitier les enjeux, les objectifs,

-
96. (Répondant 43) : « Si t'es pas assez honnête et que t'as pas assez confiance en l'autre pour appliquer ça au quotidien ... ».
97. (Répondant 44) : « J'trouverais que ça fait un trop formel et que ça dénaturerait un peu l'idée du couple ».
98. (Répondant 14) : « Non, c'est pas avantageux. On n'est pas dans un camp militaire. On n'est pas à l'école. Déjà que c'est assez rigide à l'extérieur ».
99. (Répondant 44) : « Je pense que ce n'est pas le genre de choses auxquelles tu réfères. J pense que la vie de couple se modifie avec les aléas de la vie ».
100. (Répondant 21) : « Non, je trouverais ça un ptit peu too much peut-être là. Bien il faut pas que ce soit trop formel à ce point là. Il faut pas qu'on se sente obligés de le faire, puis qu'on se sente obligés de noter ça ».
101. (Répondante 5) : « Ça aurait presque l'air d'un contrat. Je sais pas. Qu'on mette ça par écrit ce serait selon moi comme dire : écris moi ça pour qu'on se souviene. Pour que je puisse te le mettre sous le nez si... »
102. (Répondant 34) : « Ouf, peut-être. Je trouve que ça serait juste donner des outils pour pouvoir planter l'autre quand il fait pas ce qui a été écrit. Ça fait que c'est à double tranchant. Tu sais, les grandes lignes, c'est intéressant, mais il y a tu un moyen qu'on s'en rappelle puis qu'on s'entende verbalement, plutôt que d'avoir à faire un contrat ? Ça devient peut-être un peu trop, justement trop contrat, trop officiel ».
103. Dans les répondants favorables à l'écrit, on retrouve sensiblement le même nombre de femmes et d'hommes et de conjoints avec ou sans enfant. Aucune différence significative n'est à signaler en ce qui a trait au statut conjugal, un nombre comparable de conjoints mariés et unis de fait s'y retrouvant. Cependant, plus de conjoints mariés religieusement que civilement se sont dits ouverts à la proposition. Les répondants se répartissent également en nombre relativement égal en ce qui concerne leur degré de scolarité. La seule caractéristique qui mérite un commentaire est la durée de vie commune. En effet, il n'y a qu'un seul répondant favorable à l'écrit qui se trouve dans la catégorie des cinq ans et moins de vie commune. La grande majorité d'entre eux se trouve plutôt dans les catégories 5 à 10 ans et 10 à 15 ans de vie commune. Cette donnée est intéressante en ce qu'elle appuie les études qui affirment que la confiance nécessaire à la « négociation » conjugale et à l'établissement de consensus s'inscrit dans la durée. Voir à ce sujet Hélène BELLEAU, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle. Le mythe du mariage automatique*, Québec, P.U.Q., 2011.

les attentes, les consensus mis au jour par la discussion¹⁰⁴. L'écrit peut servir d'aide-mémoire et de guide¹⁰⁵. Il permet d'appuyer la communication¹⁰⁶ et la réflexion¹⁰⁷. Au demeurant, l'écrit consolide le sentiment d'engagement¹⁰⁸. Cela dit, peu des répondants ouverts à l'écrit en ont eux-mêmes expérimenté les « vertus » dans leur propre couple. Pour la plupart, l'ouverture manifestée demeure donc une simple vue de l'esprit. Qui plus est, plusieurs reconnaissent les mérites « théoriques » de l'écrit, mais ne voient pas la nécessité d'y recourir avec leur conjoint, du moins pour le moment¹⁰⁹. D'autres couples, disent-ils, pourraient peut-être en tirer profit mais eux prétendent ne pas ressentir le besoin d'un tel formalisme en raison de la qualité que revêt leur communication verbale¹¹⁰.

Et cet écrit, le cas échéant, sous quel nom les répondants qui y sont ou y seraient favorables le désignent-ils ? Quel serait à leur avis le terme le plus approprié pour décrire la démarche ? Ici, nous avons jugé bon de fournir aux répondants un choix de réponses entre différentes appellations, soit « entente, guide, pacte, accord, contrat et charte de vie commune ». Les répondants pouvaient également ajouter à la liste proposée tout autre terme leur apparaissant traduire plus adéquatement la démarche discutée.

-
104. (Répondant 18) : « Oui, ça peut être mis par écrit, avec des objectifs à atteindre, par rapport à la résolution de conflits, par rapport au budget [...]. Je pense que plus c'est clair dans un couple, mieux c'est [...]. Moi et M. on a l'habitude de le faire des fois quand il y a des conflits. On se fait un genre de contrat l'un envers l'autre pour essayer d'atteindre des objectifs x, de mieux communiquer, de façon à régler des problèmes récurrents ».
105. (Répondant 47) : « C'est sur que ça peut donner des balises pour une discussion, pour justement mettre des affaires au clair. Ça fait que oui, ça peut être intéressant pour avoir un point de comparaison. Pour continuer à cheminer, puis un moment donné tu as cette photo là, prise dans le temps qu'à tel moment donné, à telle date, à tel moment, dans telle situation, on a dit ça, on l'a consigné par écrit. C'est une balise, c'est une observation, c'est un point de repère ».
106. (Répondante 10) : « Oui, parce que je m'exprime beaucoup plus facilement par écrit dans mon cas. Je me perds souvent dans le fil de mes idées, tandis que par écrit, bien j'arrive à être beaucoup plus cohérente, à avoir le mot juste, puis à résumer en une phrase ce que je vais essayer de dire en dix minutes verbalement ».
107. (Répondant 13) : « Souvent, par écrit, on se laisse plus aller, puis on peut prendre le temps de plus réfléchir ».
108. (Répondant 34) : « Oui, on l'a déjà fait. On le fait. Pour officialiser ».
109. (Répondant 40) : « Peut-être que si ça allait mal, j'aurais envie de le mettre sur papier pour pouvoir démystifier, regarder les pour et les contre ».
110. (Répondante 45) : « Bien, si ça peut être profitable pour un autre, tant mieux pour eux autres. Mais moi personnellement, j'en n'ai pas vraiment besoin. Ce ne serait pas nécessaire parce qu'on a une bonne communication. »

Ce sont les termes « guide », « charte de vie commune » et « entente » qui sont ressortis le plus souvent. Certains ont plutôt désigné la démarche sous le nom d'« aide-mémoire » et de « points de repère ». Chacun de ces termes, nous disent les répondants, reflètent l'idée d'une certaine flexibilité, ils permettent d'entrevoir l'écrit de manière évolutive ou modelable. Fait intéressant à noter, le mot « contrat » n'a été mentionné par aucun des répondants. Au contraire, plusieurs ont jugé bon de disqualifier expressément cette appellation. Un contrat, prétend-on, « ça fait sévère », ça réduit le couple à des « droits et des obligations », ça introduit dans le couple une logique importée du monde des affaires¹¹¹, c'est trop « légal »¹¹². Visiblement, le mot « contrat » demeure étroitement associé à la sphère juridique ; il n'a d'existence pour ces répondants qu'en référence à la normativité étatique et à la sanction qui peut l'accompagner¹¹³.

Nous avons ensuite demandé aux répondants s'étant dit favorables à l'idée de recourir à l'écrit s'ils considéreraient pertinent ou utile de *signer* cet écrit. En fait, nous voulions savoir si la signature de l'écrit par chacun des conjoints apporterait de leur point de vue une valeur ajoutée au processus. Le lecteur aura sûrement compris l'objectif de cette question. Petit à petit, la démarche dont nous discutons avec les répondants se formalise. Et elle se rapproche de plus en plus du formalisme contractuel à la base de la charte de vie commune.

Les répondants se sont à nouveau divisés en deux clans. Le premier clan a rejeté l'idée, jugeant la signature du document totalement superflue. Celle-ci n'ajouterait rien, elle n'apporterait aucune garantie supplémentaire. Un répondant affirme que le document en question n'a aucune valeur légale et qu'il ne convient pas de lui en conférer une par le biais d'une signature engageante¹¹⁴. En somme, la signature donne un air « trop juridique » au processus. Quant aux répondants appartenant au deuxième clan, ils se sont au contraire

111. (Répondant 35) : « Un contrat, ça fait affaire. On n'est pas en affaires, on est en famille ».

112. (Répondant 20) : « Ça fait plus un pacte entre deux personnes sans que ce soit trop légal ».

113. (Répondant 34) : « Tu sais, un contrat, ça fait trop méchant : fais-le, tu l'as écrit ? Fais-le ».

114. (Répondant 37) : « Si quelqu'un avait répondu contrat, peut-être, mais dans mon cas non. Étant donné qu'on n'est pas tenu de suivre ce qui est marqué, je pense que ça ne changerait rien de le signer ».

montrés intéressés par la proposition¹¹⁵. Les raisons qu'ils ont invoquées permettent d'entrevoir la valeur qu'ils attribuent à la signature : celle-ci, disent-ils, vient raffermir l'engagement, elle témoigne de l'accord intervenu, elle le rend « plus officiel » en lui conférant une portée « symbolique ». La signature amène les conjoints à réfléchir, « à ne pas écrire n'importe quoi ». Elle démontre qu'ils sont « conscients de leur engagement »¹¹⁶ et qu'ils en assument l'entière responsabilité.

Les répondants ont également été interrogés sur la ou les conséquences qu'ils imputeraient à un manquement au document écrit. Qu'advierait-il à leur avis si l'un des conjoints ne respectait pas ce qui y est consigné ? Les réponses obtenues sont fort intéressantes en ce qu'elles permettent de comprendre la perspective normative dans laquelle les répondants situent l'intervention discutée. Ceux-ci voient dans le défaut ou le manquement de l'un des conjoints un motif justifiant la tenue d'une nouvelle discussion : « ça nous signale qu'il faut qu'on en reparle », sachant qu'« il y a toujours place à l'amélioration ». Le guide pourra ainsi être réajusté en fonction de la nouvelle réalité¹¹⁷. Les répondants n'abordent donc pas le manquement en termes de pénalités ou de sanctions brutes. Si un conjoint agit en marge des consensus dégagés, c'est signe qu'il faut les recadrer de manière à ce que chacun puisse encore s'y reconnaître¹¹⁸.

Analysés dans leur ensemble, les résultats de l'enquête menée auprès des conjoints permettent de tracer un portrait nuancé des dynamiques conjugales et d'entrevoir la place qu'y occupe la communication explicite, voire la négociation des grands enjeux à la

115. On retrouve davantage de répondants unis de fait que de répondants mariés dans la catégorie « favorables à la signature ». Et ces répondants unis de fait ont tous des enfants. En outre, la plupart des répondants favorables à cette suggestion se situent dans la catégorie des 10 à 15 ans de vie commune. On ne relève aucune prédominance significative quant aux autres caractéristiques (homme ou femme, avec ou sans enfant et degré de scolarité).

116. (Répondant 30) : « Bien, ça montrerait que tu es conscient de tout ce qui a été dit et qui a été écrit. Tu apposes pas ta signature en n'ayant pas lu c'est quoi. Ça fait que ça montrerait que tu es conscient puis que tu sais de quoi tu parles puis quoi qui a été dit là-dedans ».

117. (Répondant 10) : « Une discussion, simplement, quitte à modifier le guide [...] »

118. (Répondant 35) : « Bien là, il faut en discuter, puis il faut ajuster, puis voir pourquoi le point n'a pas été respecté. Puis s'il y a un changement à faire, bien, il faut que ce ça soit fait pour qu'on puisse respecter cette entente-là ».

base du couple¹¹⁹. Leurs propos témoignent ainsi d'une forme de rationalité que l'idéal amoureux nous empêche trop souvent de voir. Ainsi, les conjoints prétendent discuter ouvertement et établir des consensus sur différents aspects de leur vie conjugale. Certains se disent enclins à formaliser les consensus intervenus au moyen d'une approche qui présente toutes les caractéristiques du contrat relationnel, au sens où l'entend Ian Macneil. Un tel constat m'amène à croire en l'existence de couples qui accueilleraient peut-être avec intérêt le renouveau professionnel à la base de la charte de vie commune. Mais de là à en confier la rédaction à un notaire, il y a un pas que les répondants ne semblent pas prêts à franchir et pour cause...

Ainsi, comme dernière question, nous avons demandé aux répondants s'étant dits favorables à l'écrit s'ils considéreraient utile et pertinent de recourir à un notaire pour mettre le fruit de leurs discussions en forme. Dans l'ensemble, les répondants rejettent catégoriquement la proposition. Les raisons qu'ils invoquent au soutien de ce rejet nous ramènent directement vers la normativité légale à laquelle est traditionnellement limité le contrat notarié.

Le notaire n'a pas sa place dans le processus parce qu'à leurs yeux, il ne s'occupe que de normativité étatique : le notaire n'est de mise que pour les aspects patrimoniaux. On n'a besoin de ses services que si l'on veut s'obliger l'un envers l'autre au sens légal du terme. Or, affirment les conjoints, tel n'est pas l'objectif poursuivi par la démarche. Un répondant estime que « le notaire équivaut à la gestion par l'État »¹²⁰, référence au droit étatique nettement exagérée, mais néanmoins évocatrice. Le notaire est clairement associé au contrat transactionnel : le contrat notarié, inflexible par nature, n'est pas adapté à la réalité évolutive du couple. La relation en elle-même, source de normativité non étatique, échappe donc au notaire et à sa compétence.

Ces réponses ne sont guère étonnantes. La perception que les conjoints ont du notaire et de sa fonction reflète la conception qu'ont les notaires eux-mêmes de leur profession¹²¹. Comment pourrait-il

119. J'emploie ici le terme « négociation » au sens d'un dialogue qui vise à établir des consensus. Voir *supra*, p. 311-312.

120. Ce répondant est toutefois ambigu, considérant l'idée du notaire néanmoins intéressante.

121. Sur la « conscience du droit » des justiciables en matière conjugale (ou la manière dont ils se représentent le droit étatique), voir Hélène BELLEAU et Pascale CORNUT-ST-PIERRE, « Pour que droit et familles fassent bon ménage : (à suivre...) »

en être autrement ? Les notaires se bornent à rédiger des contrats transactionnels porteurs de normativité étatique¹²². Réduisant le contrat à cette seule dimension, ils contribuent à ce que Jean-Guy Belley nomme le « sous développement des capacités contractuelles d'une grande partie de la population »¹²³. En revanche, comme on l'aura constaté, les besoins normatifs auxquels les conjoints entendent répondre au moyen du document écrit, peu importe le nom sous lequel on le désignera, appartiennent à un tout autre registre. Un registre où le notaire ou, plus généralement le juriste, n'est rien de moins qu'un pur étranger.

CONCLUSION

L'une des plus grandes difficultés auxquelles fait face tout chercheur réside dans sa capacité d'élaguer ses résultats. S'il souhaite avoir une quelconque utilité sociale, il lui faut se résoudre à en extraire l'essentiel. La conclusion m'offre l'occasion de maximiser cette opération. **Huit points clés** permettent de résumer mon propos.

1. Les contrats de mariage et d'union de fait que l'on retrouve sur le marché des services juridiques présentent un contenu normatif de type étatique. Ils constituent ni plus ni moins qu'un prolongement de la loi et doivent en ce sens afficher les mêmes propriétés. Toutes les clauses qui y sont stipulées doivent être susceptibles de sanction judiciaire. Vu l'état du droit positif, seules des clauses de nature patrimoniale exécutoires au jour de la rupture sont donc envisagées ;
2. Les limites normatives des contrats de mariage et d'union de fait s'expliquent essentiellement par la conception qu'ont les notaires et les avocats de leur rôle : ils se voient comme des spécialistes du droit étatique et non de la « norme » au sens pluraliste du terme ;

(suite...)

Étude sur la conscience du droit en matière conjugale », (2012) 25(1) *Nouvelles Pratiques Sociales* 62. Voir plus généralement P. EWICK et S. SILBEY, *The Common Place of Law : Stories from Everyday Life*, Chicago & Londres, University of Chicago Press, 1998.

122. Jean-Guy BELLEY, « Réflexion critique sur la culture notariale du contrat », (1996) 1 *C.P. du N.* 101.

123. Jean-Guy BELLEY, « Réflexion critique sur la culture notariale du contrat », (1996) 1 *C.P. du N.* 101, 116.

3. La relation conjugale est en soi source de normativité. Une normativité diffuse et inférentielle¹²⁴ qui émane principalement, sinon exclusivement, des interactions entre les conjoints, la religion et la morale publique ayant perdu l'essentiel de leur puissance régulatrice au cours des dernières décennies¹²⁵ ;
4. Au bénéfice des conjoints, cette normativité devrait pouvoir se déployer sur la base de principes, de valeurs et d'attentes conjugales communes ;
5. Dans une société pluraliste comme le Québec, le caractère commun des principes, des valeurs et des attentes conjugales ne peut plus être tenu pour acquis, d'où l'intérêt d'une plateforme d'explicitation contractuelle¹²⁶ ;
6. Toute perspective normative autre qu'étatique étant exclue du contrat de mariage et d'union de fait, la normativité que génère la relation en elle-même échappe au regard et à la « compétence » du juriste, sauf rares exceptions ;
7. Si les notaires s'ouvraient davantage à cette normativité non étatique, leur expertise de rédacteur de normes appartenant

124. Pour reprendre l'expression de Roderick A. Macdonald dans « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », (1986) 18 *Sociologie et Société* 47, 53. Selon l'analyse d'Andrée Lajoie, cette normativité diffuse et inférentielle résultant des interactions conjugales entre dans la définition très englobante du *droit* retenu par Macdonald : Andrée LAJOIE, « Le droit, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées », (1991) *R.J.T.* 103, 140. Voir également Roderick A. MACDONALD, « Custom Made – For a Non-chirographic Critical Legal Pluralism », (2011) 26 *Revue canadienne Droit et Société* 301, particulièrement aux pages 316 et s.

125. Du moins, chez les justiciables de culture canadienne-française.

126. Cette plateforme d'explicitation contractuelle constitue à mon avis une mise à contribution des « ressources personnelles » des conjoints, au sens où l'entend Luhmann : « L'entreprise aventureuse qu'est l'amour, et l'orientation compliquée, fertile en exigences, de la vie quotidienne qui y correspond, n'est possible que si l'on peut, en la tenant, s'appuyer sur des legs culturels, des exemples littéraires, des modèles de langage d'une grande force de conviction et des illustrations de la situation, bref : sur une sémantique léguée par la tradition [...] ». L'auteur ajoute plus loin « [l]'autonomisation des relations intimes [...] crée une situation complètement inédite. L'appui que procurait l'extérieur est démantelé, tandis que les tensions intérieures deviennent plus aiguës. La stabilité doit désormais résulter des ressources purement personnelles [...] » : Niklas LUHMANN, *Amour comme Passion*, Alençon, Éditions Aubier, 1990, p. 196 et p. 57.

au champ de la normativité étatique pourrait être mise à contribution¹²⁷. Cette ouverture permettrait éventuellement de changer les perceptions qu'entretiennent les justiciables en général et les conjoints en particulier de la fonction notariale. À terme, les notaires pourraient être appelés à accompagner les conjoints dans l'élaboration de ce que j'appelle une charte de vie commune.

8. Cette charte permettrait de situer la normativité conjugale, essentiellement diffuse et inférentielle, à l'intérieur de paramètres clairs et consensuels qui, empruntant au formalisme juridique, en consoliderait la valeur normative¹²⁸, sans toutefois en changer la nature¹²⁹.

127. En proposant de « juridiciser » cet espace de normativité, je suis bien conscient qu'on pourrait m'accuser de vouloir servir la cause des juristes, de faire preuve de corporatisme, de déposséder les conjoints d'une normativité qui relève actuellement d'eux seuls au profit d'un professionnel qui la formatera dans le langage hermétique dont il demeurera ensuite l'interprète privilégié. (Sur le monopole résultant du décalage entre la vision du profane et la vision savante de l'expert juriste, voir Pierre BOURDIEU, « La force du droit : élément pour une sociologie du champ juridique, Actes de la recherche en sciences sociales, 1986-64, p. 1 et s.). Tel n'est ni mon objectif, ni l'effet de ma proposition. Si le juriste m'apparaît ici utile, c'est parce qu'il incarne l'élément médian, détenteur d'un savoir rédactionnel, capable d'orienter et de guider les conjoints dans cet exercice périlleux. Qui plus est, la conception même du juriste à laquelle j'adhère ne suppose d'aucune manière la transformation de normes non étatiques en normes étatiques relevant de leur compétence traditionnelle et de leur savoir exclusif.

128. Je fais ici miens les propos de Denys de Béchillon : « L'écriture, la solennité du Droit, sa rhétorique, son appareil, ses rituels, ses procédures, sa tonalité, la structure de son langage, la manière qu'il a de s'écrire, les garanties procédurales dont il s'entoure... ; tout cela tend à montrer la même chose. Que celui qui inscrit son discours dans ces formes et ces procédures est bien un locuteur « juridique », qu'il détient comme tel un pouvoir légitime, et qu'il peut donc, au nom du Droit, chercher à faire acte d'autorité » : Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 169-170.

129. Si, à certains égards, la démarche proposée emprunte à l'idée de « codification » employée par Bourdieu (explicitation et formalisation, minimisation de l'équivoque et du flou, mise en ordre symbolique, synchronisation des conduites, contrôle logique que permet le retour en arrière, confrontation des moments successifs), elle s'en éloigne en ce qu'elle n'entraîne pas de « changement de nature » ou de « statut ontologique » de la normativité qui en résulte : Pierre BOURDIEU, « Habitus, code et codification », (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 40. En fait, la formalisation suggérée ne se veut qu'un simple support ou véhicule à la norme conjugale et non sa source. Voir Paul AMSELEK, « Norme et loi », (1980) 25 *Archives de philosophie du droit* 89, 93-94.

Au vu des résultats de la collecte documentaire et des entrevues réalisées auprès des juristes, la démarche proposée peut sembler inusitée. D'autres perspectives permettent cependant de relativiser cette impression. Lorsqu'on élargit l'angle d'observation au-delà des réalités actuelles, d'une part, et du contrat conjugal d'autre part, on constate l'existence de pratiques juridiques témoignant d'une conception pluraliste du droit et de la normativité.

Songons d'abord au notaire d'antan que les villageois consultaient à différentes fins et sur n'importe quel aspect de leur vie privée, communautaires ou sociale. On ne rencontrait pas le juriste, mais le sage. Que ce soit en matière familiale ou en toute autre matière, le notaire conseillait, sans faire nécessairement référence à la loi. Il était à la fois psychologue, sociologue, travailleur social et juriste. La solution qu'il proposait n'était pas toujours celle du législateur, celle consignée dans la loi. Le notaire suggérait ce qui convenait le mieux dans les circonstances, compte tenu de la culture des gens, de leurs besoins, de leur milieu, de leur vécu, et de l'importance de préserver la paix sociale locale¹³⁰. En somme, le notaire d'autrefois était sans doute plus sensible aux phénomènes d'inter-normativité que ne l'est le notaire d'aujourd'hui. Le fait pour lui d'être bien ancré dans sa communauté l'amenait à sentir, à percevoir, à déceler le « droit vivant » qui émane des interactions sociales¹³¹. Le notaire savait y avoir recours pour ajuster ses actes à la réalité singulière des acteurs¹³². Pour reprendre les termes

130. Macdonald parle du notaire d'antan comme le « sage conseiller et médiateur des rapports interpersonnels » : Roderick A. MACDONALD, « Images du notariat et imagination du notaire », (1994) 1 *C.P. du N. 1*, 34. Voir également ce qu'écrit l'auteur aux pages 47 et 54.

131. J'emprunte l'expression au juriste autrichien Eugène Ehrlich dans : *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, p. 493. Voir également Marc GALENTER, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », dans Mauro CAPPELLETTI (dir.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Économica, 1984, p. 151, à la p. 156.

132. Opposant l'Odyssée d'Homère et la Bible, le sociologue Boaventura de Sousa Santos dirait probablement du notaire d'antan qu'il appliquait un droit de type « biblique » par opposition à un droit de type homérique : « L'Odyssée décrit la nature tragique et sublime de la vie héroïque, fait une description totalement extériorisée, uniformise l'illumination, met tous les événements au premier plan, permet des interprétations sans équivoque, fournit peu de données sur l'évolution historique et peu d'éléments psychologiques. La Bible, au contraire, qui représente le sublime et le tragique dans le contexte de la vie quotidienne et banale, et fait une description attentive des « multiples couches » de la condition humaine mettant en relief certains aspects et en laissant d'autres dans l'obscurité, est surtout caractérisée par l'influence suggestive du non-dit, (à suivre...)

employés par mon collègue Roderick Macdonald lors des cours de perfectionnement du notariat de 1994, le notaire d'autrefois était un véritable « architecte de l'ordre social privé »¹³³. Or, en accompagnant le couple dans l'élaboration d'une charte de vie commune, le notaire d'aujourd'hui l'aiderait sans doute à confectionner les plans et devis de sa relation conjugale.

Une autre source d'inspiration nous ramène au présent, non plus au début de la relation conjugale, mais au moment de sa rupture. Depuis quelques années, les juristes médiateurs familiaux sont appelés à rédiger ce qu'il est convenu d'appeler le « plan d'action parentale ». Dépourvu de force exécutoire, ce document constitue un guide relationnel établissant les paramètres à l'intérieur desquels les ex-conjoints devront dorénavant gérer leur rôle parental. On ne peut pas rechercher la sanction judiciaire du plan d'action parentale et ce n'est d'ailleurs pas le but dans lequel il s'inscrit. Il s'agit d'un outil visant à soutenir la réorganisation de la vie familiale. Tout comme la charte de vie commune, on parle d'une démarche dont le but est de baliser les rapports interpersonnels et la normativité qui en découle¹³⁴. Or, si le juriste médiateur se croit justifié d'intervenir pour orienter les comportements parentaux après la rupture, dans une logique qui ne relève pas de la normativité étatique, pourquoi le juriste, qu'il soit médiateur ou pas, ne pourrait-il pas faire preuve de la même ouverture en amont, alors que la relation se met en place ou s'organise ?

(suite...)

favorise l'arrière-plan, permet une multiplicité d'interprétations et se préoccupe de ce qui est problématique » : Boaventura DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », (1988) 10 *Droit et société* 379, 400.

133. Roderick A. MACDONALD, « Images du notariat et imagination du notaire », (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 13. André-Jean Arnaud parle quant à lui de « créateur de droit » : André-Jean ARNAUD, « Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun », (1992) 20-21 *Droit et Société* 17, 36.

134. Cette pratique s'inscrit dans l'ouverture que semblent manifester certains praticiens face à l'internormativité. Analysant les résultats d'une étude empirique menée notamment auprès de médiateurs familiaux, la professeure Louise Lalonde observe ainsi : « [...] certains [praticiens] citent [...] le droit comme une référence dans la recherche du consensus, posant qu'il y a d'autres références que le droit, dont les intérêts et les valeurs des gens. Ainsi, une certaine conjonction de normes, une certaine conscience d'un choix normatif régissant le différend est entrevue, ce qui nous place dans un lieu de mouvance d'une certaine internormativité » : Louise LALONDE, « La médiation, une approche « internormative » des différends ? – Analyse comparative des approches de G.A. Legault et de R.A. Macdonald », Inédit, Document remis à l'occasion d'une communication présentée dans le cadre des Séminaires théorie et émergence du droit, Université McGill, 15 avril 2002.

Propos d'un idéaliste ? Je dirais avant tout propos d'un chercheur en droit et en sociologie du droit. Mais j'admets aisément que la démarche proposée rejoint une certaine forme d'idéalisme¹³⁵. Redonner un sens à l'engagement conjugal¹³⁶. Le couple ne se résume pas qu'à une simple juxtaposition de brosses à dents. Sa finalité dépasse les principaux intéressés, si tant est que l'on voit toujours le couple et la famille comme la cellule de base de la société. S'il est idéaliste de souhaiter la naissance d'une intervention professionnelle susceptible d'amener les conjoints à redécouvrir le sens premier de leur engagement et de faire du notaire le témoin privilégié de cet engagement qui va bien au-delà de la norme étatique, alors j'assume cet idéalisme avec enthousiasme¹³⁷.

135. D'une certaine façon, je me plais à « rêver le droit », comme semble nous y inviter Jean-Guy Belley sous l'impulsion de Georges Gurvitch et Ian R. Macneil. Parlant du pluralisme dont ils ont tous deux été les promoteurs, Belley écrit : « S'autorisant de ce que la réalité sociale est elle-même essentiellement mouvement, ils ont rêvé d'un droit et d'un contrat qui réaliseraient pleinement leur humanité [...]. Plutôt que de consentir aux simplifications dont les agents du système juridique auraient peut-être apprécié l'utilité, ils ont préféré terminer leur journée en s'abandonnant au romantisme juridique, cet état d'esprit qui fait entrevoir l'idéal d'un droit réalisant sa fonction sociale autrement que par un recours même ultime aux arguments d'autorité ou autres ressources du pouvoir ». Jean-Guy BELLEY, « Deux journées dans la vie du droit : Georges Gurvitch et Ian R. Macneil », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 102, aux p. 119 et s. (citation à la p. 120).
136. Je fais miens les propos de Marc Galanter au sujet de la justice : « Ouvrir l'accès à la justice, à bien considérer les choses, ne signifie pas simplement que l'on permette de porter les contestations à une fontaine de justice étatique ; le sens véritable du mouvement est bien plutôt que l'on parvienne à introduire davantage de justice dans les rapports et transactions, dans lesquels les individus sont engagés. Les hommes ne font pas seulement (ni principalement) l'expérience de la justice (ou de l'injustice) quand ils recourent aux institutions patronnées par l'État ; justice ou injustice se trouvent également au niveau des institutions primaires où s'exercent leur activité : dans leur foyer, dans le lieu où ils vivent, dans celui où ils travaillent, dans leur milieu d'affaires, etc. » : Marc GALENTER, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », dans Mauro CAPPELLETTI (dir.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984, p. 151, à la p. 167.
137. Dans une perspective plus générale, le notaire ouvert à cette normativité non étatique pourrait contribuer à forger une nouvelle conception du droit, le droit souple pour reprendre les termes de Catherine Thibierge : « [...] il [le droit souple] ouvre aussi le droit plus délibérément sur les phénomènes sociaux, sur les pratiques et les acteurs ; ce faisant il relie le droit aux autres sciences humaines et à leur conception plus extensive de la norme. Il nous donne enfin une vision élargie d'un droit guide, non plus seulement un droit qui impose mais aussi un droit qui propose et conseille, qui oriente et inspire ; comme une invitation à vivre un rapport moins infantilisant, plus participatif et plus mature à l'autorité et à progresser vers une civilisation plus éclairée et plus consciente ». Catherine THIBIERGE, « Le droit souple », (2003) *RTD civ.* 599, 600.

ANNEXE

Une suite éclairante...

Le lendemain de ma conférence se tenait une plénière durant laquelle j'ai eu l'opportunité de poser six questions précises à mon auditoire. Les 252 participants notaires devaient y répondre par « oui » ou par « non » au moyen d'un télévotateur. Les réponses obtenues m'ont grandement surpris. Elles me permettent de croire que les praticiens sont peut-être moins réfractaires que je ne le croyais à l'idée d'intégrer à leurs actes une normativité autre qu'étatique. Ainsi, la réticence professionnelle que j'anticipais à la lumière des entretiens menés auprès des juristes¹³⁸ ne relèverait peut-être pas tant d'un dogmatisme disciplinaire que d'un manque de formation.

Je reproduis ici les six questions posées et les taux de réponses obtenues, en y ajoutant quelques commentaires explicatifs.

Question 1

Un client vient de « fonder » une société secrète à caractère religieux, du type les Rose-Croix, totalement exclue des cadres juridiques existants. Il vous demande de rédiger un projet de code de conduite des membres de sa société secrète, selon les instructions qu'il vous délivrera et qui ne contiendront pas d'objets contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En votre qualité de notaire, vous sentiriez-vous habilité à rédiger un tel code de conduite ?

Réponses

Oui : 62,4 %
Non : 29,3 %
Ne sait pas : 8,3 %

Commentaires : L'objectif de cette première question était d'amener les notaires à envisager leur rôle et leurs fonctions dans une perspective normative élargie, la rédaction du code de conduite relevant évidemment d'un autre paradigme que le droit étatique. J'ai choisi un exemple complètement étranger au propos de ma conférence de manière à prévenir les réponses plus axées sur le concept de charte de vie commune que sur ses fondements et implications théoriques.

138. Voir *supra*, p. 337-338.

ALAIN ROY Qu'avez-vous fait de mon contrat de mariage ? Je l'ai réinventé !

La mention relative à la conformité du code à l'ordre public et aux bonnes mœurs visait à préserver la légitimité de l'opération envisagée, eu égard aux principes énoncés durant la conférence¹³⁹. Les réponses obtenues révèlent une ouverture que je n'aurais pu soupçonner.

Question 2 (à ceux qui ont répondu « non » à la question précédente)

Si vous étiez avocat ou avocate, votre réponse à la question précédente serait-elle différente ?

Réponses

Oui : 2,3 %

Non : 93,2 %

Ne sait pas : 4,5 %

Commentaires : Vu leur statut d'officier public qui, d'une certaine manière, leur confère une parcelle d'autorité publique, les notaires se percevraient-ils, plus que les avocats, comme des agents ou des messagers de la normativité étatique¹⁴⁰ ? Si oui, les notaires qui ont rejeté la proposition découlant de la question 1 (29,3 %) seraient peut-être plus enclins à y répondre favorablement s'ils exerçaient plutôt le droit à titre d'avocats ? Les réponses obtenues ne permettent pas de confirmer cette hypothèse. C'est donc leur qualité de juriste au sens général du terme et non de notaire qui empêche ces répondants d'envisager leur rôle à l'extérieur des cadres du droit étatique.

Question 3

Madame est d'origine étrangère et monsieur, Québécois de souche. Ils vous demandent d'inscrire dans leur contrat de mariage les grandes valeurs sur lesquelles leur couple est basé, notamment le fait que les conjoints ouvriront leur maison à leurs ascendants respectifs. En

139. Voir *supra*, p. 324.

140. C'est là une hypothèse tout à fait plausible. À cet égard, Belley écrit d'ailleurs : « La pratique de l'acte authentique a fait des notaires les spécialistes incontestés d'un type particulier de contrat, celui que j'ai appelé « légal » pour indiquer que sa caractéristique principale réside dans sa stricte conformité aux exigences de la loi » : Jean-Guy BELLEY, « Réflexion critique sur la culture notariale du contrat », (1996) 1 *C.P. du N.* 101, 117.

votre qualité de notaire, une telle clause relève-t-elle de vos compétences professionnelles ?

Réponses

Oui : 87,4 %
Non : 12,6 %
Ne sait pas : 0 %

Commentaires : Cette question s'inscrit dans la même perspective théorique que la question numéro 1 en ce qu'elle vise également à vérifier la propension des notaires à intégrer à leurs actes une normativité autre qu'étatique. En toute logique, le taux de réponse négative obtenu aurait dû être le même que celui observé à la question 1. Or, ce taux a plutôt chuté considérablement, passant de 29,3 % à 12,6 %. Les notaires qui ont répondu négativement à la question 1 mais qui se sont ici ralliés au « camp du oui » se sont peut-être laissés emporter par leur enthousiasme face au concept de charte de vie commune présenté la veille, sans en saisir toutes les implications théoriques sur leur conception du droit et de la normativité.

On aurait également pu anticiper un taux de réponses favorables inférieur à celui observé à la question 1 en raison du facteur « conjugal ». En effet, la rationalité qu'implique l'explicitation de normes non étatiques aurait pu rebuter ceux et celles pour qui le couple ne carbure qu'aux seuls sentiments amoureux. La question 6 apparaissant ci-après permet de comprendre que la grande majorité des notaires répondants rejette cette vision idyllique de la relation conjugale.

Question 4

*Question 3, mais posée uniquement aux participants notaires qui sont médiateurs familiaux
(N = inconnu)*

Réponses

Oui : 86,7 %
Non : 6,7 %
Ne sait pas : 0 %
Non valide : 6,7 %

Commentaires : Comme mentionné en conclusion de conférence¹⁴¹, les médiateurs familiaux ont développé certains outils qui les amènent à entrevoir la normativité dans une perspective plurielle. On aurait donc pu croire à un taux de réponse positive encore plus élevé de leur part. Cela ne s'est toutefois pas avéré.

Question 5

*Question 3, mais posée uniquement aux participants notaires de moins de cinq ans de pratique
(N = inconnu)*

Réponses

<i>Oui :</i>	83,3 %
<i>Non :</i>	11,1 %
<i>Ne sait pas :</i>	0 %
<i>Non valide :</i>	5,6 %

Commentaires : Les jeunes notaires sont-ils plus ouverts à la proposition ou, au contraire, la rejettent-ils en plus grand nombre ? Un taux de réponse positive plus élevé aurait pu laisser croire que la formation universitaire est aujourd'hui moins centrée sur le droit positif qu'elle ne l'était auparavant, des cours de « fondement du droit » permettant désormais aux étudiants de s'enquérir d'autres courants de pensée théorique¹⁴². On aurait aussi pu l'attribuer à une plus grande malléabilité des nouveaux juristes dont les pratiques n'ont pas encore été figées par le temps. En revanche, un taux de réponse négative plus élevé pourrait s'expliquer par leur peur de s'éloigner des schémas dominants en raison des risques qu'un pas de côté puisse faire peser sur leur responsabilité professionnelle. Visiblement, les variations observées ne sont pas significatives.

141. *Supra*, p. 356.

142. À l'Université de Montréal, ces cours sont dispensés en première année du baccalauréat en droit, alors même que les étudiants et étudiantes n'ont pas encore tous les outils pour en apprécier la valeur et le sens. À mon avis, il serait plus approprié de les donner en fin de parcours. Dépendamment de la disponibilité des professeur(e)s et chargé(e)s de cours, des cours optionnels de sociologie et de philosophie du droit sont également inscrits au programme. Sur le rôle que peuvent jouer les facultés de droit dans la promotion d'une approche renouvelée de la pratique professionnelle, voir Alain ROY, « Le contrat en contexte d'intimité », (2002) 47 *R.D McGill* 855, 876-877 et 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.

Question 6

À votre avis, amour et rationalité sont-ils incompatibles ?

Réponses

Oui : 16,8 %

Non : 81,8 %

Ne sait pas : 1,5 %

Cette question et les réponses obtenues se passent de commentaires, sauf à préciser que les notaires répondants ont bien compris le sens du terme « amour » employé ici. L'amour comporte plusieurs dimensions temporelles. Lorsque l'on discute de l'organisation du couple, on ne peut que référer à un amour qui a dépassé le stade de l'extase ou de l'« amour naissant », qui s'est transformé « en quelque chose de contrôlable, de circonscrit, de défini [...] », les conjoints étant parvenus à « domestiquer » ou « institutionnaliser » leur sentiments¹⁴³.

143. Francesco ALBERONI, *Le choc amoureux*, Paris, Ramsay, 1979, p. 52, 101 et s., et 153 et s.