

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La charte de vie commune ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal

Alain Roy*

Résumé

Dans sa conception traditionnelle, le contrat de mariage correspond à l'acte juridique au moyen duquel les conjoints choisissent un régime matrimonial et se font certaines donations accessoires. Quant à la convention d'union de fait, on l'assimile généralement au contrat-cadre par lequel les conjoints organisent leurs rapports d'indivisaires à l'égard de la résidence acquise en commun. Dans le cadre d'un projet de recherche empirique mené auprès de praticiens notaires et avocats, l'auteur a voulu savoir si cette conception correspondait véritablement à la réalité ou si, au contraire, d'autres modèles conceptuels étaient véhiculés auprès des couples. Après avoir exposé les

Abstract

Traditionally, the marriage contract has been the juridical act by which both spouses selected a matrimonial regime and proceeded to a mutual exchange involving certain donations. The common law marriage is usually the equivalent of the general agreement by which both spouses define their relationships as tenants in common of the residence acquired in common. As part of an empirical research project conducted among practicing notaries and lawyers, the author has tried to find out if that hypothesis was true in the reality of things or if couples had adopted other different models and patterns. After summarising the results of his research, the

* Docteur en droit et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Cet article reprend le contenu de la 10^e Conférence Albert-Mayrand que l'auteur a prononcée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 2 novembre 2006. À l'occasion de cette communication, l'auteur a présenté le résultat de ses travaux de recherche empirique sur les contrats conjugaux qu'il mène en collaboration avec sa collègue, la professeure Violaine Lemay, et pour lequel il bénéficie d'une subvention du Conseil canadien de recherche en sciences humaines (CRSH). Outre Mme Lemay, l'auteur remercie chaleureusement la professeure Hélène Belleau de l'INRS – Urbanisation, Culture et Société pour ses précieux commentaires.

résultats de ses recherches, l'auteur s'interroge sur l'opportunité de re-définir la pratique du contrat de mariage et du contrat d'union de fait à la lumière d'une perspective pluridisciplinaire et internormative, inspirée de la médiation familiale.

author wonders whether the practice concerning the marriage contract and the common-law marriage should be redefined, taking into consideration a multidisciplinary and internormative approach based on family mediation.

Plan de l'article

Introduction	403
I. Le contrat conjugal au passé	404
II. Le contrat conjugal au présent	409
A. L'analyse des contrats de mariage.....	410
B. L'analyse des contrats d'union de fait	412
C. Le point de vue des praticiens du droit.....	415
D. Le point de vue des thérapeutes conjugaux.....	419
III. Le contrat conjugal au futur	422

Contrairement à la plupart des conférenciers qui m'ont précédé à cette tribune, je n'ai pas eu la chance de connaître ni même de rencontrer Albert Mayrand. Je suis néanmoins en mesure de saisir l'immensité de l'homme, grâce à l'héritage qu'il a légué à la communauté juridique. Un héritage à travers lequel on peut aisément apprécier les qualités de visionnaire et de précurseur qui l'animaient.

Il serait trop long d'énumérer les différents domaines du droit sur lesquels Albert Mayrand a laissé sa marque. Tel n'est d'ailleurs pas la tâche que l'on m'a confiée aujourd'hui. Compte tenu du sujet de ma conférence et de mes intérêts de recherche, on me permettra néanmoins de mentionner sa contribution remarquable à l'évolution du droit de la famille québécois. Un droit qu'il a façonné à même ses valeurs et son sens de l'équité, tant par ses écrits et ses jugements que par son implication soutenue au sein du comité du droit de la famille de l'Office de révision du Code civil¹. Qu'il s'agisse de l'égalité entre conjoints ou de l'absence de discrimination entre les enfants, Albert Mayrand est à l'origine des grands principes qui cimentent aujourd'hui le droit de la famille québécois.

Ce n'est donc pas, me semble-t-il, faire violence à son œuvre et à sa mémoire que de consacrer cette conférence au droit de la famille. L'ouverture d'esprit dont Albert Mayrand a su faire preuve tout au long de sa carrière me porte également à croire qu'il aurait été réceptif à l'idée qu'on lui rende hommage en explorant le droit à la lumière des disciplines voisines et des pratiques professionnelles en cours. Intitulé « la charte de vie commune ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal », mon exposé se situe en effet aux confins du droit, de la sociologie et de l'intervention professionnelle.

Ce titre peut paraître mystérieux, voire énigmatique, les concepts de « charte de vie commune », de « contrat conjugal » et de « pratique réflexive » ne correspondant à aucune des catégories juridiques avec lesquelles les juristes ont l'habitude de travailler. Mon défi sera de lui donner tout son sens au fur et à mesure de l'exposé. Pour l'instant, je me contenterai d'attirer votre attention sur le terme « émergence » que j'ai retenu pour marquer clairement le champ prospectif dans lequel j'entends me situer. Lorsqu'on entreprend l'analyse

¹ Albert Mayrand a été président du Comité du droit de la famille de 1969 à 1974.

d'une problématique en émergence, il est nécessaire de la positionner sur un axe espace-temps. En fait, lorsqu'on dit d'un phénomène qu'il est en émergence, il nous faut le situer par rapport au passé, au présent et au futur. Voilà donc l'angle sous lequel j'aborderai le contrat conjugal. Sur la base des travaux que je mène sur le sujet depuis quelques années déjà – et que j'entends bien poursuivre – je vous entretiendrai du contrat conjugal au passé, au présent et au futur.

I. Le contrat conjugal au passé

Parler de contrat conjugal au passé équivaut ni plus ni moins à parler de contrats de mariage. Puisque la conjugalité ne pouvait autrefois se concevoir qu'à travers le mariage, le contrat conclu par les conjoints n'était alors rien d'autre qu'un accessoire au statut matrimonial. C'est d'ailleurs de cette façon qu'on le décrit dans la doctrine classique. Pour Mignault, le contrat de mariage est la convention « par laquelle les futurs époux réglementent leurs intérêts pécuniaires »². Le mariage, poursuit Mignault, est le principal, tandis que le contrat de mariage constitue l'accessoire³.

Cette mission accessoire, le contrat de mariage l'a fidèlement remplie jusqu'à la fin des années 60, et ce, auprès d'une vaste clientèle. Avant que l'ancienne communauté de biens ne soit remplacée par l'actuel régime légal de la société d'acquêts, la majorité des couples se prévalaient du droit d'établir une séparation conventionnelle de biens. Pour expliquer cette réalité, on avance généralement l'hypothèse selon laquelle les couples fuyaient massivement le régime légal de l'époque. Ce régime, relate-t-on, comportait non seulement des règles de fonctionnement d'une grande complexité, mais il présentait également d'importants risques pour les conjoints en affaires, en raison de la communauté de dettes en résultant⁴. Ainsi, ce n'est pas tant parce qu'ils adhéraient à la philosophie sous-jacente à la séparation de biens qu'une majorité de couples l'adoptaient dans

² Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 6, Montréal, Librairie de droit et de jurisprudence, 1895, p. 128.

³ *Id.*

⁴ Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 321 et suiv.

leur contrat de mariage, mais parce qu'ils souhaitaient se soustraire à la communauté de biens.

Les données inscrites à l'ancien registre des régimes matrimoniaux appuient le bien-fondé de cette affirmation. Avant l'avènement du régime légal de la société d'acquêts le 1^{er} juillet 1970, environ 70 % des couples signaient un contrat de mariage avant de se marier⁵. Après cette date, on a pu noter une diminution de 10 % du nombre de contrats de mariage. Cette diminution s'est accentuée au cours des années 80, de sorte qu'à l'aube des années 90, seuls 49 % des couples se prévalaient toujours de l'option contractuelle, les autres s'en remettant simplement au régime légal⁶. À la lumière de ces données, on peut vraisemblablement affirmer que la popularité du contrat de mariage est inversement proportionnelle à celle du régime légal en vigueur à une époque donnée.

Si l'avènement de la société d'acquêts a provoqué une saine diminution du nombre de contrats de mariage, l'entrée en vigueur du patrimoine familial, le 1^{er} juillet 1989, en a littéralement sonné le glas. En imposant le partage des principaux biens à caractère familial à l'ensemble des couples mariés, le législateur a restreint la portée des régimes matrimoniaux à un point tel que plusieurs couples considèrent aujourd'hui le contrat de mariage comme une mesure totalement dénuée d'intérêt pratique. À preuve, seulement 10 % des nouveaux couples signent un contrat de mariage et 1 % le font pour établir une séparation de biens. Ainsi, en 2005, sur les 22 338 couples qui se sont unis par les liens du mariage, seuls 2 362 se sont prévalus de l'option contractuelle, 173 dans le but d'établir une séparation de biens⁷.

⁵ Danielle BURMAN, « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice – un juste sujet de s'alarmer », (1988) 22 *R.J.T.* 149, 155.

⁶ Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 62-64.

⁷ Ce faible pourcentage se répète d'année en année depuis 1995, alors que 351 couples sur 24 238 optaient pour la séparation conventionnelle de biens. On peut présumer que les données antérieures à 1995 (mais postérieures à 1989) sont du même ordre. Malheureusement, nous n'avons pu les obtenir puisque le Registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM) a été instauré au moment de la réforme du Code civil de 1994. Avant la réforme, les contrats de mariage étaient publiés, par voie d'avis, au registre central des régimes matrimoniaux, depuis démantelé. Or, en vertu de l'article 163 de la *Loi sur*

Si ces données sont dignes d'intérêt, elles ne nous permettent pas, toutefois, de poser un jugement définitif sur le contenu des rares contrats de mariage qui se signent encore aujourd'hui. Au-delà des seules clauses officiellement répertoriées au registre des droits personnels et réels mobiliers⁸, se pourrait-il que l'on puisse déceler dans certains contrats un contenu insoupçonné, fruit de la créativité de praticiens imaginatifs? Un contenu dont l'objectif serait de baliser les rapports conjugaux durant la relation ou, plus précisément, d'établir les paramètres à l'intérieur desquels la relation de couple s'articulera, à la manière d'un contrat relationnel au sens où l'entend le théoricien américain Ian R. Macneil⁹? Ainsi appréhendé, le contrat de mariage ne servirait plus uniquement à établir les modalités de la dissolution à travers la mise en place d'un régime matrimonial et de donations accessoires; il servirait également et surtout à définir et expliciter le plan de vie commune des conjoints, aussi bien dans ses dimensions patrimoniales que dans ses dimensions extrapatrimoniales. De l'écrit que le couple signe généralement avant le mariage, dont il range la copie dans le coffre de sûreté pour l'en ressortir au jour de la dissolution, le contrat de mariage deviendrait, dans cette perspective, une plate-forme d'organisation évolutive à laquelle les conjoints pourraient utilement se référer en cours de relation.

Mais, rétorquera-t-on, qu'est-ce qui peut bien nous permettre de pressentir ou d'anticiper l'existence d'une pratique dérogeant aux conceptions classiques? En quoi est-il objectivement légitime

l'application de la réforme du Code civil (L.Q. 1992, c. 57), l'ensemble des données publiées dans cet ancien registre ont été « transférées » dans le RDPRM lors de sa création, ce qui permet d'expliquer les 447 389 inscriptions de contrats de mariage en séparation de biens qui figurent au RDPRM pour la seule année 1994. Il nous a été impossible de ventiler ce nombre, faute de pouvoir accéder à l'ancien registre central des régimes matrimoniaux.

⁸ En principe, seules les clauses relatives au choix du régime matrimonial des époux et aux donations qu'ils se sont consenties sont inscrites au formulaire « RM » au moyen duquel le contrat de mariage doit être publié au Registre des droits personnels et réels mobiliers.

⁹ Le contrat relationnel qui, selon Macneil, correspond non pas à l'acte juridique complètement dissocié de la relation des parties, mais à un projet de coopération à durée généralement indéterminée, dont l'objectif est de préserver l'harmonie entre les parties et, incidemment, de consolider la stabilité de leur relation: Ian R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », 47 *S. Cal. L. Rev.* 691, 721, 725, 746 et 751 (1974); voir également: Ian R. MACNEIL, *Contracts, Exchange, Transactions and Relations*, 2^e éd., Meneola, Foundation Press (1978).

de croire que la pratique du contrat de mariage a pu évoluer dans cette direction relationnelle, sous l'impulsion de praticiens réflexifs ? Le praticien réflexif – une dénomination que j'emprunte au spécialiste de l'intervention professionnelle Donald Schön¹⁰ – est celui qui ne se contente pas d'appliquer les enseignements prodigués par les théoriciens¹¹, mais qui cherche plutôt, par son savoir singulier et son expérience pratique, à adapter son intervention professionnelle en fonction des besoins spécifiques de ses clients. Selon Schön, le praticien réflexif construit dans l'action des cadres dont il réajuste et repousse constamment les limites ; loin d'être passif, il invente de nouvelles façons de faire en s'éloignant des schémas dominants, si l'intérêt des clients le justifie¹².

À mon avis, deux motifs peuvent être invoqués à l'appui d'un tel questionnement. Le premier tient aux bouleversements qui, depuis le début des années 60, ont grandement transformé le portrait de la relation conjugale. Si, autrefois, la conjugalité ne pouvait se vivre qu'entre un homme et une femme à l'intérieur d'un cadre matrimonial relativement homogène, elle s'exprime et se vit aujourd'hui de diverses façons. L'accroissement du nombre d'unions de fait, la reconnaissance sociale et juridique des couples de même sexe, d'abord par l'union civile et, plus récemment, par l'élargissement de la définition du mariage, la diversification des profils conjugaux, le resserrement des fondements du couple autour du sentiment amoureux et, son corollaire, la grande fragilité à laquelle le lien conjugal est désormais exposé, voilà quelques-uns des changements qui nous permettent de prendre la mesure des transformations structurales dont le couple et la famille ont été l'objet ces dernières décennies. Que le projet conjugal soit ou non consacré par le droit, ses finalités ne procèdent plus nécessairement d'impératifs sociaux et religieux. Comme l'affirme le sociologue Anthony Giddens, on a assisté à une véritable « démocratisation du domaine interpersonnel »¹³ : quel que soit le cadre officiel à l'intérieur duquel les conjoints souhaitent

¹⁰ Donald A. SCHÖN, *Le praticien réflexif : À la recherche du savoir caché dans l'agir professionnel*, traduit par J. Heynemand et D. Gagnon, Montréal, Éditions Logiques, 1994.

¹¹ ... et on pourrait ajouter, en lien direct avec la pratique notariale du contrat de mariage, qui ne reproduit pas simplement les formulaires. Voir : Alain ROY, « Des contrats de mariage innovateurs », (1995) 98 *R. du N.* 64, 65.

¹² D.A. SCHÖN, *op. cit.*, note 10, p. 319.

¹³ Anthony GIDDENS, *La transformation de l'intimité*, traduit de l'anglais par Jean Mouchard, Rodez, Le Rouergue/Chambon, 2004, p. 11.

vivre leur relation, il leur revient désormais d'établir, par le jeu de la communication, de la négociation et de l'échange, la toile normative de leur relation, en fonction de leurs attentes particulières. Bref, sans nier toute influence aux questions de genre¹⁴, plus rien ne peut aujourd'hui être pris 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 conjugale¹⁵.

Or, si le contrat de mariage est accessoire à la relation conjugale, comme le disait Mignault, il est permis de penser que toutes ces transformations ont pu, directement ou indirectement, en influencer le contenu. En d'autres termes, si les profils conjugaux se sont diversifiés avec autant d'intensité et que la dynamique du couple fait aujourd'hui appel à une logique de négociation et d'échange, il n'est pas complètement illogique de croire que certains praticiens aient pu profiter du contrat de mariage pour amener les conjoints à définir le cadre spécifique de leur relation, non seulement sur le plan patrimonial mais également sur le plan extrapatrimonial.

Mis à part les changements socio-juridiques des dernières décennies, d'importantes études empiriques ont démontré l'existence de certains décalages entre les pratiques contractuelles des acteurs socio-économiques et les schémas de pensée censés en rendre compte¹⁶. Au Québec, on peut se référer aux travaux que le professeur Jean-Guy Belley a menés dans les années 90 sur les pratiques contractuelles de la compagnie Alcan et de ses fournisseurs locaux¹⁷. Selon le professeur Belley, les parties n'appréhendent pas toujours le contrat à travers le prisme réducteur de la théorie juridique classique selon laquelle le contrat équivaut essentiellement à l'ensemble des promesses légales et licites en cas d'inexécution desquelles la loi prévoit une sanction judiciaire. Pour l'Alcan et ses fournisseurs, le contrat est d'abord et avant tout envisagé en termes d'ins-

¹⁴ Voir: 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://www.erudit.org/revue/efg/2005/v/n2/index.html>].

¹⁵ Voir généralement les références citées dans A. ROY, *op. cit.*, note 6, p. 249-255.

¹⁶ Voir notamment: Stewart MACAULAY, « Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », 28 *American Sociological Review* 55 (1963).

¹⁷ Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société: étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

trument de communication, d'organisation et de planification d'une relation voulue profitable et durable. Dans ce contexte, conclut Belley, les parties contractantes ne priorisent et ne valorisent pas la fonction coercitive à la base des représentations traditionnelles du contrat ; leur contrat n'est pas orienté vers le règlement de la rupture, il est plutôt voué au maintien de la relation contractuelle¹⁸.

Or, s'il existe un tel décalage en matière commerciale, si les pratiques divergent à ce point des schémas théoriques, il est plausible qu'un même phénomène puisse exister dans d'autres sphères d'activités. Autrement dit, il est légitime de croire en l'existence d'un décalage entre les représentations traditionnelles du contrat de mariage et les pratiques professionnelles en cours.

II. Le contrat conjugal au présent

Pour documenter cette hypothèse, il nous fallait évidemment procéder à une analyse de contenu¹⁹. Nous nous sommes donc tournés vers les praticiens afin de recueillir un échantillon de contrats de mariage. À des fins comparatives, nous avons dès le départ décidé d'élargir la collecte documentaire aux contrats d'union de fait. Et puisqu'en matière d'union de fait aucune règle n'impose le recours à la forme notariée, nous avons sollicité non seulement des notaires, mais également des avocats et avocates susceptibles d'avoir procédé à la rédaction de conventions d'union de fait au profit de couples.

La collecte des contrats s'est déroulée d'octobre 2003 à janvier 2004. 100 notaires exerçant en milieu urbain et rural, dont la pratique peut être qualifiée de générale ou de spécialisée en droit de la famille, ont 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 5 dernières

¹⁸ *Id.*, p. 300 et suiv.

¹⁹ J'emploie le mot « documenter » à dessein, plutôt que « vérifier ». De nature qualitative, la recherche effectuée constitue une opération de défrichage préliminaire visant à préparer les assises d'une conceptualisation théorique. Contrairement aux analyses quantitatives, une telle étude n'a pas pour objectif d'identifier un canevas contractuel représentatif de la pratique des juristes, mais de dégager certains phénomènes professionnels susceptibles d'alimenter et d'enrichir la réflexion théorique.

années²⁰. 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 5 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 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 7 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 étonnement.

Dès leur réception, l'ensemble des contrats de mariage et d'union de fait a été numéroté et dénominalisé afin d'assurer l'intégrité du processus analytique. Deux grilles d'analyse ont été utilisées, la première pour les contrats de mariage et la seconde pour les contrats d'union de fait.

A. L'analyse des contrats de mariage

La grille employée pour analyser les contrats de mariage devait nous permettre d'en classer le contenu en fonction du type de normativité contractuelle susceptible d'en résulter. La question à laquelle nous devons répondre pour parachever cette classification peut être formulée de la façon suivante: les clauses des contrats recueillis s'inscrivent-elles uniquement dans la perspective du droit étatique ou certaines relèvent-elles plutôt d'une logique normative

²⁰ Pourquoi 5 ans? Simplement pour pouvoir porter un regard sur une pratique contemporaine du contrat de mariage.

morale? Alors que la normativité étatique se « présente comme un acte d'obédience à l'égard du pouvoir établi »²¹ susceptible d'être sanctionné par les organes de l'État, la normativité morale participe quant à elle de la régulation particulière « établie entre deux individus, en raison de leur relation privilégiée »²², indépendamment du droit étatique et sans égard à la sanction dont elle pourrait faire l'objet par les tribunaux. Contrairement à la normativité étatique dont les effets en matière matrimoniale se produisent essentiellement au jour de la dissolution, parfois sous la menace d'une sanction judiciaire, la normativité morale se matérialise généralement durant la relation aux fins de réguler les comportements et de prévenir les différends. Ainsi, la normativité morale s'inscrit-elle à l'intérieur du cadre conceptuel qui préside au contrat relationnel, tel que défini par Macneil.

Dans 106 des 194 contrats de mariage recueillis, nous n'avons retrouvé que les clauses traditionnelles relatives au régime matrimonial et aux donations. Ces 106 contrats reproduisent donc le même contenu ou poursuivent la même vocation que les contrats des années 60. Il s'agit de contrats desquels émane une normativité exclusivement étatique. Quant au reste, soit 88 contrats, nous y avons décelé non seulement ce contenu classique, mais également deux autres clauses à caractère procédural relevant d'une normativité morale. La première prévoit l'établissement d'un processus de suivi juridique en cours de mariage, processus en vertu duquel les époux s'engagent à revoir les termes de leur contrat de mariage à intervalle régulier pour y apporter les changements pertinents, s'il y a lieu, alors que la seconde clause assujettit les époux au devoir de se soumettre à la médiation familiale en cas de différend.

Que dire de ces 88 contrats? Les deux clauses de nature procédurale qui y sont contenues sont-elles le fruit d'une créativité professionnelle tirant son origine d'une pratique réflexive du contrat? On peut en douter. En fait, chacune de ces clauses est reproduite dans la section Formulaire du Répertoire de droit de la Chambre

²¹ 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 page 205.

²² *Id.*, p. 217.

des notaires²³. Elles y ont été insérées quelques années après que nous en ayons eu fait la proposition dans un texte publié dans la *Revue du Notariat*²⁴. Le libellé des clauses insérées dans les 88 contrats étudiés est à ce point similaire à celui que l'on retrouve dans le formulaire qu'on peut vraisemblablement attribuer leur stipulation à un réflexe professionnel purement mécanique. Malgré les apparences, on ne saurait donc voir dans l'insertion de ces clauses le signe inéquivoque d'une ouverture notariale envers une conception relationnelle du contrat de mariage où, tel que précédemment mentionné, on cherche davantage à préserver la relation plutôt qu'à régler les conséquences légales d'une rupture.

Considérant cette réserve, il est permis d'avancer l'hypothèse selon laquelle l'ensemble des contrats de mariage recueillis auprès des notaires paraît conforme au modèle traditionnel et ne reflète pas véritablement les changements qui ont bouleversé l'économie générale de la relation matrimoniale au cours des 40 dernières années.

B. L'analyse des contrats d'union de fait

La grille d'analyse employée pour étudier les contrats d'union de fait devait non seulement nous permettre d'en classer le contenu selon le type de normativité susceptible d'en résulter, mais aussi selon la nature de la juridicité en découlant. La question à laquelle nous devons répondre pour procéder à cette autre classification peut être formulée ainsi: les clauses du contrat font-elles écho au caractère conjugal de la relation, en intégrant par exemple certains aspects du cadre législatif propre au mariage, ou s'agit-il plutôt de clauses neutres qui se limitent à structurer les rapports d'indivisaires des conjoints de fait relativement à la résidence acquise en commun, le cas échéant, sans égard à la nature conjugale de leur relation?

Dans 50 des 61 contrats d'union de fait recueillis, nous avons pu retracer une juridicité de type conjugal, les 11 autres contrats se limitant à encadrer les rapports d'indivisaires des conjoints de fait. L'analyse du type de normativité nous a permis de constater qu'un

²³ CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Répertoire de droit/Nouvelle série*, «Famille», Formulaire, Document 1.1, Montréal, 2003, art. 7 et 8.

²⁴ A. ROY, *loc. cit.*, note 11, 85, 88 et 89.

nombre presque équivalent de contrats, soit 49, reposait sur une logique normative exclusivement étatique. Ainsi, ces contrats ne contenaient que des clauses destinées à régler les conséquences financières d'une éventuelle rupture et pouvant faire l'objet d'une sanction judiciaire.

Que dire des 12 conventions restantes? Outre les clauses usuelles, on y a relevé la présence de déclarations d'intention relatives aux modalités de la garde des enfants en cas de rupture. Certains conjoints de fait jugent donc utile de spécifier, dans leur contrat, leur préférence pour une garde partagée ou une garde exclusive avec droits d'accès. De telles clauses n'ont évidemment aucune valeur légale, le tribunal étant appelé à trancher tout différend en matière de garde à la lumière du seul critère de l'intérêt de l'enfant, indépendamment des ententes intervenues entre les parents. On a également retrouvé des clauses à caractère procédural aux termes desquelles les conjoints s'engagent d'abord à réviser leur contrat à intervalle régulier, à soumettre ensuite leurs différends à la médiation familiale et, enfin, à faciliter l'exécution des engagements convenus dans le contrat.

Dans 4 des 12 conventions dont le contenu fait foi d'une normativité non exclusivement étatique, des conjointes lesbiennes se sont employées à décrire les modalités de leur projet parental commun. 3 de ces conventions précisent qui portera l'enfant, mais remettent à plus tard le choix du donneur et du mode de procréation. La 4^e convention mentionne qui sera la mère biologique, mais identifie également le donneur. Il y est stipulé que le donneur – qui est d'ailleurs partie à la convention – reconnaîtra l'enfant à naître et exercera un « rôle parental » à être éventuellement défini, étant entendu que l'enfant habitera avec sa mère et la conjointe de celle-ci. Il y est également mentionné que la mère et le père-donneur reconnaîtront l'implication de la conjointe dans l'éducation de l'enfant à naître, la conjointe se voyant par ailleurs attribuer un statut de parent psychologique par la mère. Une des 4 conventions concerne un couple de lesbiennes dont l'une des conjointes a déjà un enfant né de père inconnu. La mère déclare attribuer à sa conjointe un statut de « parent psychologique ». En cas de rupture, les conjointes s'engagent par ailleurs à déclarer au tribunal leur volonté d'établir une garde partagée, dont elles prévoient, dans la convention, les modalités d'application. Dans une autre perspective, 3 des conventions prévoient l'engagement réciproque des parties de faire un testament, l'une énonçant clairement l'intention des conjointes de

s'avantager mutuellement. Enfin, 2 conventions prévoient une déclaration d'intention des conjointes de consulter un notaire pour faire un mandat d'inaptitude.

Ces 4 conventions préparées au bénéfice de couples de même sexe dérogent manifestement aux conceptions classiques, en ce qu'elles sont principalement vouées à l'explicitation des attentes relationnelles qu'entretiennent les conjointes à l'égard de leur projet parental, sans égard au caractère sanctionnable des clauses stipulées. Il est intéressant de noter que ces conventions ont toutes été rédigées par des praticiens avocats. À des fins comparatives, nous nous sommes permis de revoir le contenu des contrats d'union de fait préparés par des notaires au profit de conjointes de même sexe, 5 conventions au total. Or, le réexamen de ces conventions ne nous a rien révélé de particulier. Autrement dit, le contenu des 5 conventions d'union de fait préparées par des notaires ne diffère pas en fonction de l'orientation sexuelle du couple. Certes, en raison du faible nombre de contrats d'union de fait conclus par des couples de même sexe que nous avons pu recueillir auprès des notaires et des avocats, les données obtenues en la matière ne nous permettent pas de dégager quelque tendance que ce soit. Mais l'analyse de ces 9 contrats entre conjoints de même sexe (préparés par des notaires et des avocats) nous suggère tout de même deux questionnements qu'il serait éventuellement intéressant de documenter. Premièrement, les couples de même sexe seraient-ils plus enclins à déroger aux conceptions classiques que les couples hétérosexuels? Deuxièmement, les notaires seraient-ils moins portés que les avocats à proposer et intégrer un contenu qui s'inscrit en dehors de l'ordre juridique formel, que ce soit en raison de leur statut d'officier public ou pour tout autre motif?

Au-delà de tels questionnements, la recherche documentaire nous aura permis d'esquisser un portrait d'ensemble de la pratique professionnelle du contrat conjugal. Si l'on considère ensemble les 194 contrats de mariage et les 61 contrats d'union de fait recueillis auprès des praticiens du droit, il semble bien qu'une partie vraisemblablement importante de la pratique contemporaine s'articule toujours à partir des schémas traditionnels. En effet, l'ensemble des contrats de mariage et une grande majorité des contrats d'union de fait étudiés paraissent conformes à la conception classique du contrat conjugal, en ce qu'ils répondent à une logique normative exclusivement étatique et sont orientés vers le règlement des conséquences financières de la rupture.

C. Le point de vue des praticiens du droit

Que pensent les praticiens du droit du portrait qui se dégage de l'analyse documentaire effectuée? Ce portrait est-il conforme aux représentations mentales du contrat conjugal qu'ils entretiennent? Et comment réagiraient-ils à l'idée d'envisager ou d'entrevoir le contrat conjugal dans une logique normative autre que celle qui semble se dégager de la pratique actuelle? De quel œil, par exemple, verraient-ils un contrat qui, dans une perspective relationnelle et inter-normative, traduirait sous forme d'engagement réciproque l'ensemble ou certaines des attentes que les conjoints entretiennent l'un par rapport à l'autre, tant sur le plan patrimonial que sur le plan extra-patrimonial? Un contrat conclu non pas seulement aux fins d'organiser les conséquences financières d'une rupture éventuelle, mais de consolider la stabilité de la relation.

Ce sont là les questions auxquelles nous avons tenté d'obtenir réponse auprès de dix praticiens du droit choisis parmi ceux qui nous avaient transmis des contrats de mariage et d'union de fait. Dans la sélection, nous avons retenu autant de notaires que d'avocats, en approchant tant ceux dont les contrats apparaissaient conformes aux modèles dominants que ceux dont la pratique s'en éloignait. En rencontrant ces praticiens dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler des «entretiens compréhensifs»²⁵, nous souhaitions enrichir les résultats obtenus au terme de l'analyse documentaire et alimenter notre réflexion théorique sur l'élaboration de nouveaux modèles conceptuels. L'objectif de tels entretiens n'a donc rien en commun avec celui que visent les enquêtes dites quantitatives où l'on cherche à identifier des schèmes représentatifs. Un objectif différent, certes, mais dont la valeur et la pertinence sont aujourd'hui reconnues par la communauté scientifique.

Les dix praticiens ont été rencontrés individuellement pendant environ une heure et demie. Les entretiens ont tous été enregistrés sur consentement écrit des praticiens concernés. Le verbatim de chaque entretien a été retranscrit dans le respect des règles éthiques applicables en la matière. Quatre lignes directrices peuvent être dégagées des propos recueillis.

²⁵ Jean-Claude KAUFMAN, *L'enquête et ses méthodes. L'entretien compréhensif*, Paris, Armand Colin, 2006.

Premièrement, la quasi-totalité des juristes rencontrés ne conçoivent leur mission qu'en référence au droit de l'État. La seule et unique fonction qu'ils se reconnaissent est d'assurer la validité légale et le caractère sanctionnable des engagements convenus par les conjoints. Selon eux, un engagement qui n'aurait pas de force obligatoire au sens du Code civil n'a tout simplement pas sa place dans le contrat conjugal.

Deuxièmement, la quasi-totalité des juristes rencontrés considèrent qu'un contrat conjugal doit être orienté vers le règlement des conséquences patrimoniales de la séparation. Ainsi, les conjoints désireux de conclure un contrat conjugal ne sont pas censés avoir d'autre motivation que celle de vouloir régler le sort des biens qu'ils posséderont lors d'une éventuelle rupture.

Troisièmement, presque tous les juristes interviennent au profit des deux conjoints de manière impartiale. Le contrat est établi par le praticien au bénéfice du couple et non pas d'un seul conjoint, au détriment de l'autre. Une telle donnée était tout à fait prévisible pour les notaires en raison du devoir d'impartialité qui caractérise leur intervention²⁶, mais non pour les avocats. Un seul des avocats rencontrés se refuse systématiquement d'agir au nom des deux conjoints. Il ne représente qu'un seul des conjoints et, en principe, ne voit jamais l'autre. Son devoir unique est de veiller au grain quand « son client perd la tête ». Bref, cet avocat se conçoit comme le fidèle allié du nouvel amoureux dont le projet de couple pourrait éventuellement mettre son patrimoine en péril.

Quatrièmement, l'approche professionnelle qu'on peut déceler à travers les propos d'une majorité de praticiens se caractérise par une relative passivité. Ceux-ci se contentent de mettre en forme légale les volontés exprimées, sans trop chercher à susciter une réflexion plus globale. Ainsi, si des conjoints de fait sollicitent son intervention pour encadrer l'indivision immobilière, le praticien agira en conséquence, sans amener le couple à aller au-delà des attentes initialement exprimées. On peut toutefois relever trois exceptions notoires à cette passivité.

La première exception concerne l'avocat dont il est fait mention précédemment. Ce praticien – que nous appellerons « le procureur »

²⁶ *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3, art. 10 et 11.

– fait preuve de créativité au profit de son unique client. La protection des intérêts de la partie qu'il représente le force à être inventif, que ce soit pour assurer la validité extraterritoriale du contrat ou pour minimiser les « dommages » économiques qu'elle pourrait subir à la suite d'une rupture.

La deuxième exception concerne une avocate dont l'intervention est teintée d'une pointe de militantisme et que nous appellerons « la militante ». Pour cette avocate, le contrat d'union de fait constitue avant tout un moyen de protéger les femmes et les enfants autrement laissés sans protection légale. Le contrat représente à ses yeux le seul remède juridiquement disponible à un mal social désolant. La militante admet ainsi difficilement qu'un juriste accepte de rédiger un contrat d'union de fait aux seules fins d'organiser les rapports d'indivisaires des conjoints à l'égard d'une propriété commune. Elle déclare en ce sens :

Comment les juristes peuvent-ils penser que la seule chose à faire, c'est de régler le partage de la propriété de l'immeuble. C'est effrayant ! Ce n'est pas ma vision du couple, même en union de fait. Un couple, ce n'est pas qu'un partage d'immeuble. Le meilleur intérêt de l'enfant et la protection de la femme, ce n'est pas pour les comptables ! Si nous, en tant qu'officier de justice, on ne cherche pas à assurer la protection des personnes vulnérables, qui d'autre le fera ?

La troisième exception concerne un notaire dont la conception du contrat s'éloigne considérablement des schémas dominants. Ce notaire se voit comme un véritable conseiller matrimonial, d'où l'appellation que nous lui accolerons. Sa conception du contrat dépasse largement le cadre légal et, conséquemment, l'amène à discuter de questions qui répondent à une toute autre logique normative :

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 harmonisation des valeurs. À ses dires, le contrat devrait refléter cette harmonisation :

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. [...] Je pense qu'il y aura sûrement lieu dans le cadre d'un contrat d'aborder les aspects extrapatrimoniaux. À tout le moins en partie. Il y a un cheminement qui est à faire, une évolution, mais ultimement, si je vais au bout de ma vision, il me faudra en venir à le transposer dans le contrat.

Ces propos traduisent un certain décalage entre l'idéal contractuel qui anime le notaire conseiller matrimonial et sa pratique réelle. Ce dernier amène les conjoints à se positionner au-delà des seules questions légales que soulève leur relation, mais il ne les invite pas à intégrer les autres dimensions de la normativité conjugale dans leur contrat.

À un degré moindre, on retrouve également l'idée d'une approche non cloisonnée à la seule normativité étatique chez la militante. Selon elle, il importe de cerner les objectifs que poursuivent les conjoints. Pour illustrer sa pensée, la militante évoque les questions qu'elle pose généralement au couple :

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 !

La militante n'hésite pas à inclure dans le contrat conjugal des clauses qu'elle sait pertinemment non exécutoires par les tribunaux mais qui, à son avis, ont le mérite de clarifier les enjeux entre les conjoints et de prévenir des différends. Elle donne en exemple une clause précisant la religion dans laquelle les enfants des conjoints seront éduqués et une autre énonçant leur volonté de privilégier l'école privée. Elle réfère également à une clause précisant lequel des conjoints mettra sa carrière en veilleuse dans l'hypothèse où l'état de santé d'un enfant nécessiterait une présence parentale au foyer. Les conjoints, tient-elle à préciser, sont informés du caractère moral de ces clauses, mais considèrent utiles d'y recourir dans la mesure où elles leur permettent de préciser leur projet de vie commune.

Une précision théorique mérite d'être ici apportée. Selon le juriste américain Lon L. Fuller, le formalisme contractuel poursuit trois fonctions différentes. Il sert à traduire l'entente des parties en

termes juridiques (*channelling function*), à faciliter la preuve de l'entente des parties au moment opportun (*evidentiary function*) et, enfin, à conscientiser les parties contractuelles au sérieux de leur engagement de manière à renforcer ou consolider leur sentiment d'obligation (*cautionary function*)²⁷. Si la majorité des juristes que nous avons rencontrés n'attribuent au contrat que les deux premières fonctions dégagées par Fuller, force est de constater que la militante et le conseiller matrimonial se montrent ouverts à l'idée de ne mettre en œuvre que la troisième fonction en utilisant le contrat comme outil d'expression et de conscientisation.

Face à cette utilisation du contrat qui relève d'une logique normative non étatique, les autres juristes rencontrés, avocats et notaires confondus, réagissent de manière quelque peu cinglante. Parmi les qualificatifs employés, on peut noter « abus de pouvoir », « malhonnêteté professionnelle », « fausse représentation », « manque de sérieux » et « faute déontologique ». Pour cette majorité de praticiens, l'expertise en droit des juristes ne les autorise pas à poursuivre d'autres objectifs que celui d'assurer la validité et l'efficacité des engagements, en regard de l'ordre juridique formel. Les conjoints qui ressentent le besoin de discuter de leur plan de vie dans ses aspects extrapatrimoniaux et relationnels devraient, de leur point de vue, s'adresser à quelqu'un d'autre. Cette perspective de pratique relèverait d'un autre champ disciplinaire que le droit, en l'occurrence celui des thérapeutes conjugaux.

D. Le point de vue des thérapeutes conjugaux

Sans doute ces juristes auraient-ils été étonnés d'apprendre que certains thérapeutes conjugaux amènent les conjoints à traduire leur plan de vie commune... sous forme contractuelle, en se basant sur le livre d'un psychiatre américain, le docteur Clifford Sager. Dans son livre *Marriage Contracts and Couple Therapy*²⁸, Sager préconise l'utilisation d'une approche contractuelle pour guider les couples dans leur cheminement et les appuyer dans la résolution de leurs différends. Sager conçoit le contrat comme un outil d'intervention clinique au moyen duquel les thérapeutes conjugaux peuvent avantageusement amener les couples à expliciter, sous forme

²⁷ Lon L. FULLER, « Consideration and Form », 41 *Colum. L. Rev.* 799 (1941).

²⁸ Clifford SAGER, *Marriage Contracts and Couple Therapy*, New-York, Brunner/Mazel (1976).

d'engagements réciproques, leurs attentes mutuelles et, le cas échéant, déterminer formellement les aspects de la relation sur lesquels ils devront travailler pour régler leurs mésententes²⁹. Sager insiste longuement sur la flexibilité inhérente au modèle contractuel proposé. Le contrat qu'il suggère est par nature dynamique, étant appelé à évoluer en fonction des changements de circonstances. En somme, les conjoints sont appelés à renégocier lorsque ces termes ne reflètent pas l'évolution de leur relation³⁰.

Bien entendu, tous les thérapeutes conjugaux n'appliquent pas la méthode Sager. Mais certains le font, et ce, à divers degrés. C'est à tout le moins ce que nous avons pu constater dans le cadre d'entrevues effectuées auprès de 10 thérapeutes conjugaux (psychologues, travailleurs sociaux, sexologues et psychothérapeutes) se reconnaissant eux-mêmes praticiens du contrat conjugal.

D'une durée d'environ une heure et demie, ces entretiens individuels nous ont permis de mieux cerner le type de contrat auquel ont recours les thérapeutes conjugaux, de voir en quoi ses finalités diffèrent de celles du contrat des juristes et de noter les points de convergence entre les deux disciplines.

Sur les 10 thérapeutes rencontrés, 8 nous ont finalement dit connaître l'approche contractuelle préconisée par Sager et, sur ces 8 thérapeutes, 7 ont déclaré y avoir recours dans leur pratique suivant différentes modalités. Un psychologue présente le contrat comme étant « un instrument qui aide le couple à se construire ». Selon lui, le contrat permet de clarifier ce qui est autrement laissé au domaine de l'implicite et, par conséquent, limite la manipulation. Quand on clarifie, conclut-il, on ne peut plus jouer sur l'ambiguïté et mettre systématiquement le blâme sur l'autre en l'accusant de ne pas avoir compris, de déformer sa pensée ou de décontextualiser ses paroles.

Une psychothérapeute parle du contrat conjugal en termes d'« instrument de conscientisation et de connaissance de soi, qui permet au couple d'atteindre la maturité psychoaffective ». Un couple équilibré, affirme-t-elle, se crée autour de la connaissance et du respect des limites de l'autre. Un tel argument est repris par un

²⁹ *Id.*, p. 4 et 20.

³⁰ *Id.*, p. 21.

autre thérapeute pour qui le contrat est « un outil de croissance et un indicateur de maturité du couple heureux et psychoaffectivement sain ». Le contrat conjugal permettrait au couple d'identifier les zones de sensibilités habituellement taboues :

[A]u niveau financier par exemple. Parce que, [explique-t-il,] ça demeure un endroit d'accrochage épouvantable. Tout ce qui touche aux relations avec les amis également. Il importe que les conjoints se donnent des balises par rapport à ces questions. Il ne faut pas attendre qu'un état de crise ne survienne avant d'envisager ces éléments.

Bien que l'on ne puisse encore une fois rien généraliser, les propos recueillis nous permettent de croire en l'existence d'une pratique du contrat conjugal basée sur les enseignements de Clifford Sager. Une pratique dont on ne peut saisir ni l'étendue ni l'ampleur mais qui, selon toute vraisemblance, se déploie dans un environnement totalement inconnu de celui des juristes. Et pourtant, nous avons l'intime conviction qu'il existe un point de jonction entre les deux paradigmes disciplinaires.

Il est vrai que le contrat conjugal des thérapeutes conjugaux constitue un exercice de counselling où le professionnel est appelé à déployer des habilités psychologiques particulières pour aider les conjoints à extérioriser leur volonté et leurs aspirations. Mais n'est-ce pas ce que font précisément les juristes médiateurs familiaux à l'occasion du divorce ou de la séparation³¹ ?

Il est vrai que les dispositions du contrat conjugal des thérapeutes ne relèvent pas de l'ordre juridique formel. Voilà une différence majeure avec la conception du contrat qu'entretiennent les juristes qui se voient investis de la seule et unique mission d'assurer la légalité des ententes et leur caractère sanctionnable. La différence s'amenuise toutefois lorsqu'on se réfère au contrat des juristes qui adoptent une approche pluraliste du droit et de la normativité. Pour ces derniers, le droit et les normes peuvent provenir d'autres sources que la loi et avoir d'autres finalités que celles que lui reconnaît généralement le législateur. Dans une perspective pluraliste, le contrat est une source de normativité en soi, même si l'État ne

³¹ Voir d'ailleurs : Linda BÉRUBÉ, « La médiation familiale en matière de séparation de corps et de divorce : une nouvelle pratique à l'intersection de la relation d'aide et du droit », dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, Édition révisée, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 113, à la page 121.

sanctionne pas les dispositions qui y sont contenues³². On se rappellera du juriste-conseiller matrimonial et de la juriste-militante. Ces praticiens adoptent manifestement une approche pluraliste du droit et se considèrent parfaitement autorisés à intervenir au-delà de la seule normativité étatique.

Il est vrai que le contrat conjugal des thérapeutes familiaux vise avant tout à consolider la stabilité de la relation conjugale et, dans la mesure du possible, à en préserver l'harmonie. Une telle conception est difficilement conciliable avec celle du juriste-procureur qui ne se reconnaît que la seule et unique fonction de servir les intérêts de son client et de maximiser les droits de ce dernier au jour de la rupture. Mais comme le laissent entrevoir les propos des autres juristes rencontrés, ce modèle d'intervention ne semble pas dominer le paysage juridique. En effet, l'approche de plusieurs juristes n'est pas centrée sur un seul conjoint, mais sur l'entité conjugale. Le juriste conseiller-matrimonial va même plus loin en affirmant :

Comme juriste, on a un rôle oui sur l'aspect juridique, mais en même temps on a ce rôle de soulever des questionnements quant aux aspirations que les gens peuvent avoir. Et je suis bien conscient qu'ils ne vont pas nécessairement me donner toutes les réponses dans mon bureau. Ce n'est pas ça l'objectif. L'idée est d'amener les gens à avoir des discussions ensemble, pour qu'ils puissent réaliser comment ils voient les choses, et éventuellement, pour les aider à se synchroniser le mieux possible.

Les finalités du contrat conjugal des thérapeutes conjugaux ne seraient donc pas si éloignées des préoccupations des juristes. Et elles rejoindraient les préoccupations des juristes qui adoptent une conception pluraliste du droit et de la normativité.

III. Le contrat conjugal au futur

Est-ce à dire que tous les couples réagiraient positivement à l'offre d'un praticien, notaire ou avocat, qui se donnerait pour mandat d'intégrer les deux pratiques disciplinaires, en se définissant comme le spécialiste de l'internormativité dûment habilité à expliciter, dans le contrat de mariage ou d'union de fait, le plan de vie commune des conjoints ? On peut supposer qu'une telle démarche

³² A. ROY, *op. cit.*, note 6, p. 347-354.

souleverait chez certains couples un profond malaise, précisément en raison de la symbolique que revêt dans leur esprit le contrat préparé par un notaire ou un avocat. Pour plusieurs, la planification d'une relation par voie contractuelle peut convenir aux partenaires d'affaires, mais non aux amoureux dont les rapports sont marqués par la confiance. Une telle réaction se comprend dans la mesure où prévaut l'idée selon laquelle le contrat n'est pas un acte de coopération, mais un acte défensif où les parties cherchent mutuellement à se protéger l'une contre l'autre. Une idée qui, selon toute vraisemblance, imprègne fortement les mentalités.

À preuve, les thérapeutes conjugaux qui ont recours à la méthode Sager ont beau préconiser et valoriser une intervention professionnelle basée sur une logique contractuelle, la plupart d'entre eux cherchent ironiquement à éviter l'utilisation de mots, de concepts et d'approches qui colleraient trop à l'univers des juristes et qui, par conséquent, pourrait rebuter les couples. Parlant du contrat qu'il soumet aux conjoints, l'un des thérapeutes rencontrés déclare : « [S]ur le document que je fais signer, ce n'est pas marqué "contrat", c'est marqué "engagement" ». Un autre emploie le terme « entente » parce que, dit-il, « le contrat, ça fait ciment et ça rime avec contrainte ». Un autre thérapeute prend bien soin d'établir ses distances avec les juristes :

[...] mon contrat n'est pas comme celui des juristes qui est écrit en petits caractères dangereux et qui une fois signé, est fermé. On s'arrête là. Si t'as pas lu les petits caractères, ben tant pis pour toi. C'est comme une partie de bras de fer. Nous autres, c'est pas comme ça.

Certains thérapeutes refusent même de transposer le contrat par écrit. L'un d'eux nous dit : « [L]'écrit fait peur. Quand c'est écrit, ça ressemble à un contrat de loi. On a l'impression qu'on ne pourra plus rien changer ». Pour une autre, « l'écrit fait entrer les conjoints dans une logique de perdants/gagnants ». « Quand vous écrivez », relate-on encore, « ça veut dire "je ne te fais pas tellement confiance" ». Bref, conclut le dernier, « l'écrit, c'est comme un élément de guerre ».

Manifestement, l'image du contrat-sanction, du contrat-méfiance et du juriste guerrier imprègne la pensée de ces thérapeutes. S'ils se montrent conceptuellement ouverts à l'idée d'entrevoir le couple sous l'angle de la communication, de la négociation et de la rationalité contractuelle, ceux-ci refusent de promouvoir l'écrit formalisé en termes de contrat, sous prétexte qu'il ne faut pas entrer dans la dangereuse et menaçante logique des juristes. Une telle attitude

traduit un certain paradoxe puisque la quasi-totalité des juristes rencontrés en entrevue n'incarnent pas le modèle du juriste-guerrier...

Au-delà des perceptions et des représentations du contrat que peuvent entretenir les juristes et les thérapeutes, il serait intéressant de recueillir directement le point de vue des principaux intéressés. Les couples jugeraient-ils utile et profitable d'explicitier, dans un contrat conçu en termes d'instrument de communication et d'organisation flexible et évolutif, leur plan de vie commune, tant dans ses dimensions extrapatrimoniales que dans ses dimensions patrimoniales? Comment réagiraient-ils, par exemple, à l'idée de transposer, dans leur contrat de mariage ou d'union de fait, les valeurs fondamentales qui les animent et qui vont constituer le socle de leur relation? Seraient-ils enclin à y spécifier les attentes qu'ils nourrissent l'un à l'égard de l'autre relativement aux enfants, à la religion, aux carrières, aux rôles parentaux, à la répartition des dépenses, à l'utilisation des surplus, aux relations avec leur famille respective? Bref, que pensent-ils d'un contrat duquel émanerait une normativité plurielle destinée non pas à préserver les recours de l'un ou de l'autre en cas de rupture, mais à consolider la stabilité de leur relation?

Ce sont là quelques-unes des questions que nous souhaitons poser directement à une soixantaine de couples, dans la dernière phase de notre projet de recherche empirique. Dans la mesure où les couples jugent l'idée recevable, il restera évidemment à trouver le point de jonction disciplinaire. On peut penser que des juristes, comme le conseiller matrimonial et la militante, se positionneraient favorablement face à ce contrat nouveau genre. On peut également croire que les thérapeutes familiaux qui appliquent fidèlement la méthode Sager se sentiraient tout aussi qualifiés pour s'en prévaloir. Le contrat conjugal nouveau genre relèverait-il donc de la pratique juridique ou de la pratique psychosociale? Belle question à laquelle on peut tenter de répondre par un petit détour.

Il n'y a pas si longtemps – une trentaine d'années environ – les avocats réglaient les seuls aspects légaux du divorce, pendant que les psychologues et travailleurs sociaux s'affairaient à gérer d'autres aspects de la rupture. Cette dichotomie a pris fin lorsqu'on a réalisé que le divorce n'était ni une affaire exclusivement légale, ni une affaire exclusivement psychologique. Par la médiation familiale, les juristes ont élargi leur rôle et intégré certaines habilités, tout comme les psychologues et travailleurs sociaux. Aujourd'hui, la grande

majorité des observateurs voient dans la médiation familiale le meilleur moyen de régler une rupture, précisément parce que le processus permet d'aborder la rupture dans toutes ses dimensions.

Or, n'est-ce pas un peu cette logique qu'un contrat conjugal multidimensionnel permettrait d'importer en amont? Un contrat qu'on aurait sans doute intérêt à nommer autrement, pour bien marquer sa différence avec le modèle dominant, trop ancré dans l'univers légaliste, comme le laissent clairement entrevoir les propos des thérapeutes rencontrés. D'où d'ailleurs les termes « charte de vie commune » qui coiffent le titre de la conférence et qui permettent, nous semble-t-il, d'ouvrir la voie à une réflexion libre d'un héritage conceptuel un peu lourd, voire paralysant. Une voie où le praticien réflexif, au sens de Schön, pourra peut-être un jour déployer son savoir et son expertise au bénéfice de ce qui représente encore aujourd'hui la cellule de base de la société, c'est-à-dire le couple et la famille.

Les pages du



**Centre de droit des affaires
et du commerce international**

