

Chapitre 6

Le législateur, le couple et l'inégalité entre les hommes et les femmes

*Nathalie Des Rosiers*1*

Selon Françoise Héritier,

le socle dur de la domination masculine semble si archaïque que rien ne pourrait l'ébranler. Ce n'est pas là une certitude cependant car, s'il apparaît bien, comme je l'énonce ici, que le lieu même de la domination masculine est le pouvoir féminin de fécondité, c'est l'action en ce point précis qui doit parvenir à ébranler l'édifice. C'est pourquoi l'accès à la contraception et à la maîtrise par les femmes de leur propre fécondité est, me semble-t-il, l'élément moteur d'une évolution progressive vers l'égalité de statut².

Dans le présent texte, je propose que la contestation même de la relation conjugale comme modèle prédominant de l'organisation sociale est nécessaire pour ébranler le « socle dur de la domination masculine ». La maîtrise par les femmes de leur propre fécondité passe peut-être par une critique de la prépondérance de l'image du couple (même non marié ou de même sexe). En effet, les aménagements partiels au concept juridique de la conjugalité, son extension d'abord aux couples non mariés et ensuite aux couples de même sexe, continuent de marginaliser les personnes qui vivent seules, en

* Professeure titulaire, Section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

1. Je remercie M^{me} Florie Catellier pour son aide dans la recherche pour cet article.
2. Françoise Héritier, « Articulations et substances », *L'Homme*, 2000, p. 154-155, <http://lhomme.revues.org/document20.html>, consulté le 30 mai 2007.

familles monoparentales ou dans un mode de cohabitation tel que parent âgé et enfant ou aidants naturels et personnes handicapées. Les femmes, plus que les hommes, vivent dans ces types d'arrangements de vie : nombre d'entre elles vivent seules en situation monoparentale ou encore en prenant soin de leurs proches. Le contrôle ultime de sa fécondité par la femme devrait lui permettre de choisir sans interférence un modèle de vie qui soit lié ou non au fait d'être mère ou conjointe. Néanmoins, l'action législative ne peut pas faire totalement abstraction de la prédominance du modèle conjugal traditionnel et de ses répercussions dans la vie des personnes. En effet, la prévention de l'exploitation possible dans les couples continue de nécessiter une intervention législative. Comment donc s'en sortir ?

L'unité conjugale est le critère de base sur lequel sont fondées beaucoup de politiques sociales. Dans le cadre de leurs initiatives pour venir en aide aux « familles », les gouvernements et la plupart de nos institutions se sont presque toujours appuyés sur la notion de conjugalité pour définir l'admissibilité aux avantages de toutes sortes. Pendant longtemps, le mariage a été le critère de base. Récemment, l'unité matrimoniale a été redéfinie : du couple hétérosexuel, elle est maintenant une unité « conjugale ». Dans le but d'inclure les personnes qui vivent ensemble « comme maris et femmes », et désormais les couples de même sexe, les lois, les politiques publiques, les conventions collectives et même les polices d'assurance ont élargi la définition de l'unité, sans pour autant l'abandonner.

Les travaux de Françoise Héritier nous invitent à réfléchir sur la « valence différentielle des sexes³ » dans les rapports humains qui n'empêche pas, selon elle, une évolution vers l'égalité des sexes dans la mesure où les femmes obtiennent le contrôle de leur fécondité⁴. La

3. Les travaux de Madame Héritier ont permis de bien identifier que les rapports personnels généralement définis en fonction du lien de parenté ou du lien matrimonial ont pour moteur la valence différentielle des sexes. Ce concept a été décrit par Françoise Héritier comme étant : « La place différente des sexes sur une table de valeurs. » Cette vérité ne signifie pas que l'inégalité est inéluctable et ne peut être résorbée mais que sans intervention externe, les hommes et les femmes établissent inévitablement des rapports hiérarchisés entre eux. Voir Françoise Héritier, *La sujétion de la femme est universelle mais n'est pas naturelle*, http://grit-transversales.org/article.php3?id_article=139, consulté le 30 mai 2007.

4. F. Héritier, *Articulations...*, *op. cit.*

redéfinition du mariage et la critique même de la conjugalité comme élément déterminant des politiques sociales peuvent-elles contribuer à dépasser la « valence différentielle des sexes » ? Sont-elles des jalons dans l'évolution vers l'égalité réelle entre les hommes et les femmes ? Telles sont les questions explorées dans le présent texte.

La première partie du texte expose de façon critique les développements de la législation canadienne en matière de reconnaissance et d'encadrement des rapports personnels intimes. Dans une deuxième partie, je décris certaines pistes de solution développées, entre autres, par la Commission du droit du Canada dans son rapport *Au-delà de la conjugalité – la reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*⁵ tout en identifiant les limites du droit pour amenuiser véritablement la valence différentielle des sexes. Je fais cette utilisation des travaux de Françoise Héritier avec beaucoup de modestie et en sachant à l'avance qu'il se peut que mon propos de juriste ne soit pas assez sensible aux nuances de son œuvre combien impressionnante. Je m'excuse à l'avance des erreurs et mauvaises interprétations que j'aurais pu faire de l'œuvre.

Le couple dans la législation canadienne

La plupart des Canadiens et des Canadiennes vivront en couple à un moment ou à un autre de leur vie⁶. En effet, même si le nombre de mariages continue de diminuer depuis 1971, le mariage continue de représenter le mode dominant d'organisation pour les couples hétérosexuels. De plus, la cohabitation hétérosexuelle – vivre ensemble sans être marié – est un phénomène de plus en plus courant et largement accepté par la société⁷. La cohabitation hétérosexuelle peut remplacer complètement le mariage ou être vécue comme prélude au mariage. Finalement, bien que nous n'ayons pas encore énormément

5. Commission du droit du Canada, *Au-delà de la conjugalité – la reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2003.

6. Voir Statistiques Canada, « Population de 15 ans et plus selon l'état matrimonial par certains groupes d'âge et de sexe, Canada, provinces et territoires », en ligne, www12.statcan.ca/francais/census01/Products/Analytic/companion/fam consulté le 25 mai 2007. Voir aussi Institut Vanier, *Profil des familles canadiennes II*, Ottawa, L'Institut Vanier de la famille, 2000, p. 36-38.

7. Entre 1981 et 2001, la proportion de couples non mariés est passé de 5,6% à 14% selon les données du recensement de 2001, voir Statistiques Canada, *op. cit.*

ment de statistiques sur ce compte, nous savons que bon nombre de couples de même sexe choisissent le mariage maintenant possible pour eux au Canada. Donc, le couple, deux personnes vivant ensemble dans une relation avec une certaine présomption d'exclusivité sexuelle, continue de dominer l'imaginaire de notre société.

Il n'est donc pas surprenant que notre législation et notre pensée juridique soient structurées autour de la notion de conjugalité. Pendant longtemps, les lois sociales, fiscales et même commerciales utilisaient la notion de mariage pour identifier des rapports personnels entre adultes qui laissaient supposer une interdépendance économique ou émotive. Les gouvernements désirent tenir compte de cette interdépendance pour deux raisons différentes. Tout d'abord, les gouvernements prennent en considération l'impact de l'interdépendance dans la poursuite d'objectifs souvent peu reliés au soutien à la famille. Par exemple, le régime de droit fiscal qui vise à assurer une participation juste de tous aux dépenses de l'État prend en considération, à l'occasion, l'interdépendance économique d'un couple pour fixer leur éligibilité à des bénéfices sociaux, le crédit de TPS, par exemple.

Les gouvernements ont aussi un rôle à jouer pour permettre aux citoyens de s'entendre entre eux quant à l'organisation de leurs affaires. Dans ce contexte, les gouvernements peuvent vouloir régler la conduite des personnes dans le cadre de leurs rapports personnels. Ce rôle de création de structures juridiques pour faciliter et encadrer la vie des citoyens est un rôle distinct du premier: il ne s'agit pas de créer des concepts pour accomplir d'autres objectifs législatifs mais bien de permettre aux personnes de réaliser leurs propres objectifs de recherche de stabilité, d'intimité ou de sécurité économique. Les gouvernements créent et reconnaissent une foule d'instruments juridiques dans le monde commercial, professionnel ou social, par exemple, la société par actions, les franchises, le modèle coopératif, ou même de copropriété, pour permettre aux personnes de réaliser des objectifs personnels d'enrichissement ou de sécurité juridique. Dans le contexte autre que la vie intime, l'évolution juridique est toujours très sensible à la diversité des besoins. Dans le domaine des rapports de nature personnelle cependant, il n'y a pas de flexibilité: à part la possibilité de contrat privé dont la

force exécutoire peut être douteuse, le modèle du mariage est à peu près le seul mécanisme d'encadrement des rapports de nature personnelle qui existe présentement.

Ces deux objectifs du législateur, tout d'abord refléter adéquatement l'effet de l'interdépendance économique et psychologique et deuxièmement, permettre la réalisation et l'encadrement de cette interdépendance, ont été d'abord structurés par le concept juridique du mariage.

Le mariage comme concept juridique présente de grands avantages pour l'administration de législations ou de règlements parce qu'il détient de grandes qualités de sécurité juridique : il est public et donc administrativement facile à repérer. On sait quand il commence (la célébration du mariage par un officier public) et quand il se termine (le divorce ou le décès, tous deux constatés par des documents officiels et publics). Pendant longtemps, le mariage était aussi associé à une certaine permanence ou longévité qui permettait de tenir des registres exacts sans avoir à faire des modifications fréquentes. Il ne fait aucun doute que l'utilisation du mariage dans un contexte juridique visait aussi à valoriser symboliquement l'institution de façon à dévaloriser par la même action les autres choix de vie et à encadrer la sexualité des femmes.

Le mariage donc était un concept juridique fiable qui était utilisé dans autant de législations différentes que la *Loi sur le transport aérien*⁸, la *Loi sur la preuve au Canada*⁹ ou la *Loi sur l'impôt sur le revenu*¹⁰.

Cette organisation juridique a toujours causé des incohérences : par exemple, les couples séparés mais non divorcés étaient visés par les termes de ces lois bien que leur interdépendance économique ou psychologique soit réduite. De plus, il était évident que ces lois excluaient de leur application des situations d'interdépendance économique ou psychologique. Par exemple, il est clair que l'objectif

8. L.R.C. 2001, c. C-26, annexe 2, art. 1 qui prévoit une indemnisation de « l'époux » et du « conjoint du fait » ainsi que des enfants, petits-enfants, frères et sœurs, parents et grands-parents.

9. L.R.C. 1985, ch.C-5. qui prévoit des règles d'incapacité de témoigner pour le conjoint marié de l'accusé.

10. L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

de protéger certaines obligations de loyauté familiale qui peut justifier la non-contrainabilité (son droit de ne pas être obligé de témoigner) contre son mari (art. 4 et seq. de la *Loi sur la preuve au Canada*¹¹), pourrait certes justifier de ne pas avoir à témoigner contre son fils ou sa fille.

La reconnaissance sociale des couples hétérosexuels non mariés et surtout leur croissance en nombre a amené le législateur à repenser sa politique de préférence exclusive pour le mariage, parce qu'elle est apparue comme donnant un avantage, entre autres fiscal, aux couples non mariés. Progressivement, le législateur a donc reconnu les conjoints de fait non mariés. Différentes définitions de cette extension de la reconnaissance de la conjugalité non officialisée apparaissent dans les législations : en vertu de la loi de 1996 sur le consentement aux soins, la définition de conjoint est la suivante :

deux personnes sont des conjoints pour l'application du présent article si l'une ou l'autre des conditions suivantes est remplie :

- a) elles sont mariées ensemble ;
- b) elles vivent dans une union conjugale hors du mariage et, selon le cas :
 - (i) cohabitent depuis au moins un an,
 - (ii) sont les parents du même enfant,
 - (iii) ont conclu un accord de cohabitation en vertu de l'article 53 de la Loi sur le droit de la famille¹².

La sécurité juridique et la clarté sont donc remplacées par des présomptions de fait laissées à la démonstration par les justiciables ou aux pouvoirs d'enquête des autorités administratives. Cette évolution continuera jusqu'à ce qu'éventuellement, à la suite des décisions judiciaires mettant en doute la constitutionnalité de la dis-

11. 10L.R.C. 1985, *op. cit.*

12. Voir à titre d'exemple de libellé visant à refléter la diversité des rapports personnels, l'article 20 de la loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé de l'Ontario, L.O. 1996, chap. 2, Annexe A, www.e-laws.gov.on.ca:81/ISYSquery/IRLFCAC.tmp/3/doc consulté le 30 mai 2007. La loi prévoyait aussi la définition de « partenaire » : « partenaire » s'entend : « de l'une ou de l'autre de deux personnes qui vivent ensemble depuis au moins un an et ont des rapports personnels étroits qui sont d'une importance capitale dans leur vie respective ». 2002, chap. 18, annexe A, art. 10 ; 2004, chap. 3, annexe A, par. 84 (5) et (6).

inction entre couples hétérosexuels et couples de même sexe pour les fins de ces divers objectifs législatifs, le législateur fédéral a adopté la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*¹³ (ci-après *Loi sur la modernisation*), loi omnibus qui visait à « égaliser » les définitions dans les lois fédérales du concept de « conjoint de fait », en étendant la notion à la personne « qui vit avec la personne en cause dans une relation conjugale depuis au moins un an », tout en soulignant qu'il demeure entendu que les modifications apportées par la présente loi ne changent pas le sens du terme « mariage », soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne. Cette dernière disposition a été amendée en 2005 par la *Loi sur le mariage civil*¹⁴.

Illustrons brièvement l'impact de cette loi: une femme vivant seule avec ses enfants et bénéficiant du crédit d'impôt de la taxe sur les produits et services (le crédit d'impôt est disponible pour les personnes à faible revenu) pourra perdre ce crédit dans un contexte où elle cohabite pendant un an avec une personne ayant un salaire plus élevé dans le cadre d'une relation conjugale (les salaires seront combinés pour déterminer l'éligibilité). Donc, si elle déménage avec un homme pendant un an, les autorités du fisc présumeront qu'ils sont « conjoints de fait » et elle perdra son crédit. Si elle déménage avec sa mère, elle ne perdra pas son crédit d'impôt et si elle déménage avec une amie, dépendamment de la nature intime ou non de leurs rapports, elle pourra ou non perdre le crédit. Présumons dans tous les cas que l'homme, l'amie ou la mère ont des revenus supérieurs à notre héroïne. Donc plusieurs années après qu'un premier ministre canadien célèbre, Pierre Elliott Trudeau, a dit que l'État n'avait pas sa place dans les chambres à coucher des citoyens, le législateur canadien en est venu à faire des distinctions sur la base de l'intimité sexuelle pour pouvoir continuer d'utiliser le concept de conjugalité, considéré comme un concept clé pour capter juridiquement l'interdépendance économique ou psychologique dans les rapports personnels.

Cette présomption de soutien économique après un an de vie commune est aussi très difficile à justifier dans le contexte du savoir

13. L.C. 2000, ch.12

14. L.C. 2005, ch. 33.

existant sur l'inégalité réelle entre les hommes et les femmes. Il faut bien noter que la femme perdra son crédit peu importe si, dans la réalité, son nouveau conjoint de fait la soutient ou non. La présomption établie par la loi impose donc des conséquences néfastes pour le contrôle de la fécondité préconisé par F. Héritier : la femme n'a pas le choix de vivre avec qui elle veut sans se placer dans une situation de dépendance qui immédiatement deviendra une caractéristique du rapport personnel. En effet, en vivant conjugalement avec celui ou celle qu'elle a choisi, la femme devient plus pauvre. Cette situation de dépendance pourrait aussi l'empêcher de quitter cette relation plus tard. Plusieurs considéreront que l'objectif d'égalité entre les couples milite en faveur de ces présomptions de soutien : ils s'opposeraient à ce que l'époux ou l'épouse d'un millionnaire puisse continuer à conserver son crédit d'impôt de taxe sur les biens et services. Cependant, le choix politique ici doit tenir compte des effets systémiques sur l'égalité entre les hommes et les femmes et sur leurs choix : pourquoi choisir de pénaliser les femmes les plus pauvres dans ce contexte ? Selon moi, le calcul et la répartition des risques qui sont faits présentement devront être réévalués à la lumière des changements dans la répartition des dépenses des couples en familles recomposées et de nouvelles présomptions quant au partage et à la responsabilité de vivre ensemble. De présumer que les relations conjugales vont nécessairement de pair avec un sentiment d'obligation de soutien économique est peut-être dangereux.

En conclusion dans le cadre de cette première partie, je suggère que dans sa précipitation à répondre à la possibilité que de nombreuses lois soient déclarées inconstitutionnelles et de remédier à des injustices flagrantes, n'a pas été pris le temps de réfléchir si l'utilisation même du concept de conjugalité continuait de bien servir la société. De plus, la *Loi sur la modernisation* confirmait le mode unique de pensée quant à la réglementation des rapports intimes, soit le mariage.

Au-delà de la conjugalité

Ce questionnement est venu plus tard. En 2002, la Commission du droit du Canada, organisme de réforme du droit, a publié un rapport intitulé *Au-delà de la conjugalité – la reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*¹⁵ où elle prônait une évaluation du recours à la conjugalité comme élément de la définition de l'unité juridique ou législative. Ce rapport prônait une certaine neutralité du législateur face aux choix de vie des citoyens et citoyennes, une diversité des mécanismes juridiques soutenant les rapports personnels affectifs, mais aussi une reconnaissance du devoir de l'État de prévenir l'exploitation des personnes dans leurs rapports personnels.

La Commission du droit du Canada était¹⁶ un organisme fédéral dont le mandat « était de fournir des conseils indépendants sur l'amélioration, la modernisation et la réforme du droit du Canada¹⁷ ».

La Commission devait déterminer si les concepts de droit existant continuaient de bien servir la société et s'ils continueront de le faire au cours des années à venir. C'est dans cet esprit que la Commission s'est intéressée à la question des rapports personnels entre adultes, consciente des rapports de force et d'inégalité qui existent dans ces rapports personnels.

Le rapport présente tout d'abord la diversité empirique des rapports personnels qu'entretiennent les Canadiens et Canadiennes¹⁸. Le rapport de la Commission identifie l'existence de minorités qui vivent hors du couple hétérosexuel ou de même sexe comme un élément significatif de la réflexion. Les juristes s'intéressent toujours aux gens qui sont exclus des règles et qui peuvent souffrir injustement des préférences faites par la société. Même si la plupart des gens vivent en couple, hétérosexuel ou de même sexe, une minorité

15. Commission du droit du Canada, *op. cit.*

16. La Commission du droit du Canada a été abolie le 15 décembre 2006. La Loi n'a pas été abrogée mais son financement a été entièrement coupé.

17. Voir La *Loi sur Commission du droit du Canada*, L.R.C. c. L-6.7, sanctionnée le 29 mai 1996, art. 3.

18. Il est intéressant de noter que les résultats du recensement de 2001, publiés en partie postérieurement au rapport de la Commission, identifient la « diversité » des arrangements familiaux comme un phénomène notoire : voir Statistiques Canada, *op. cit.*

de personnes vivent seules ou dans des relations non conjugales, parent-enfant, ou amis. Leur exclusion des portées législatives peut leur causer préjudice. L'injustice envers un est une injustice envers tous.

Par la suite, la Commission définit les valeurs qui pourraient animer la réglementation de ces rapports personnels, le respect pour l'autonomie, l'égalité et les principes d'efficacité, protection de la vie privée et de liberté de religion :

L'égalité relationnelle cherche à mettre sur le même pied le statut juridique des divers types de rapports. [...] Le principe d'égalité relationnelle nécessite davantage que le seul traitement égal des couples conjugaux. Le concept **d'égalité au sein des rapports** cherche à surmonter la distribution inégale des revenus, de la richesse et du pouvoir. Une bonne partie de ces inégalités découlent de l'écart historique entre les hommes et les femmes ou de l'insuffisance du soutien gouvernemental des personnes handicapées. La valeur **d'autonomie** exige des gouvernements qu'ils mettent en place les conditions dans lesquelles les gens pourront choisir librement d'entretenir ou non des rapports personnels. Bien que les gouvernements doivent décourager la formation de rapports abusifs, ils ne devraient pas créer de pressions financières ou autres pour décourager les rapports en omettant de considérer leurs caractéristiques qualitatives. L'État devrait donc demeurer neutre quant à la forme et au statut des rapports et ne pas accorder plus d'avantages ou de soutien juridique à un type de rapport qu'à un autre. La **sécurité personnelle** — qu'elle soit physique, psychologique ou économique — augmente la capacité des individus de faire de bons choix quant aux rapports qu'ils forment ou qu'ils entretiennent. L'État a un rôle à jouer pour assurer la sécurité physique au sein du rapport personnel ainsi que la sécurité économique en dehors de la relation. Les rapports personnels sains sont fondés sur la candeur et la confiance ; ils ne peuvent s'épanouir que si nous avons confiance que nos pensées et nos actes intimes ne seront ni découverts par d'autres ni révélés. Pour favoriser la **protection de la vie privée** nécessaire à de tels rapports, l'État devrait éviter d'établir des règles juridiques qui nécessitent un examen envahissant, ou la divulgation forcée, des détails intimes des rapports personnels entre adultes, à moins que le rapport ne comporte de la violence ou de l'exploitation. [...]. Les notions canadiennes contemporaines de **liberté de religion**

et d'égalité nécessitent que l'État ne prenne pas position dans les affaires religieuses¹⁹.

La Commission visait aussi à assurer la cohérence entre les différents régimes législatifs et leur efficacité : il ne sert à rien de développer des méthodologies de détermination de bénéficiaires qui sont plus coûteuses à mettre en œuvre que le montant du bénéfice. Il est aussi inefficace de créer des programmes qui ne rejoignent pas les gens qui devaient en bénéficier. Il est aussi important dans ce contexte de reconnaître comment la multiplicité des règles de détermination de statut ne sert pas le grand public. Les citoyens ne savent plus s'ils sont des « conjoints » ou non, au sens de la loi, et présumement souvent erronément que l'union de fait donne les mêmes droits et les mêmes protections que le mariage²⁰.

Le rapport de la Commission du droit propose donc un cadre méthodologique qui devrait aider les gouvernements à éliminer dans la mesure du possible le renvoi à la notion de conjugalité dans la législation. Le gouvernement est invité à réfléchir sur les politiques et programmes actuels mais aussi à éviter l'utilisation des présomptions de conjugalité pour l'avenir. La méthodologie proposée recommande tout d'abord de :

1. Réfléchir sur les objectifs législatifs proposés. Sont-ils légitimes ?
2. S'interroger sur la pertinence des rapports personnels pour la réalisation de ces objectifs. Par exemple, est-il nécessaire de référer dans la Loi sur l'assurance-emploi ou sur la faillite à des rapports personnels pour réaliser leurs objectifs ?
3. Si les rapports personnels sont pertinents, notre méthodologie suggère que les gouvernements évaluent si le citoyen ne pourrait avoir le choix de désigner lui-même les personnes qui lui sont chères et qui devraient bénéficier de l'appui gouvernemental.

19. Commission du droit du Canada, *op. cit.*, p. xi – xii. Les caractères gras sont dans le texte original.

20. Voir entre autres les travaux de Brigitte Lefebvre sur cette question : P.-C. Lafond et B. Lefebvre (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 399 p. et « Le traitement juridique des conjoints de fait : deux poids, deux mesures ! », (2001) *Cours de perfectionnement du notariat*. 223-262.

4. Si les gouvernements doivent tenir compte de rapports d'interdépendance psychologique ou économique, ils devraient le faire en utilisant des critères fonctionnels plutôt que le « statut » matrimonial²¹.

Le rapport applique cette méthodologie dans différents domaines, y compris, les lois fiscales, la *Loi sur la preuve*, le *Code canadien du travail*, le Régimes de pensions du Canada. Il faut répéter que ce rapport ne dit pas que la conjugalité n'est pas un rapport personnel significatif, mais bien qu'il n'est pas le seul rapport digne d'intervention et de protection législatives.

Le rapport de la Commission du droit du Canada suggère de plus qu'il n'est plus suffisant et demande à ce qu'il y ait davantage de mécanismes juridiques qui permettent un encadrement de rapports personnels différents de la relation conjugale. La Commission recommande donc l'établissement de systèmes d'enregistrement des relations personnelles qui pourront permettre aux citoyens qui ne veulent pas se marier de bénéficier d'un encadrement juridique accessible et facile. Ces systèmes pourraient offrir des modèles d'ententes qui conviennent à l'éventail de rapports. Elle évalue les quatre modèles juridiques qui peuvent servir à régler les rapports personnels: le droit privé, l'attribution, l'enregistrement et le mariage. Le modèle du droit privé s'applique toujours par défaut – il est toujours possible de suppléer le silence législatif par le biais d'un contrat.

L'attribution est un mécanisme utilisé pour prévenir les risques d'exploitation inhérents à un modèle contractuel en imposant (attribuant) aux gens vivant un rapport conjugal un ensemble d'obligations présumées correspondre aux attentes de la majorité des gens vivant un tel rapport, entre autres, les présomption de soutien économique. Bien que l'attribution puisse aider à prévenir l'exploitation, c'est un outil politique dangereux comme nous l'avons démontré plus haut: tous les rapports sont présumés avoir les mêmes caractéristiques et à l'occasion, ces présomptions peuvent avoir des effets pervers sur les choix de vie des citoyens. Les plus grands débats relativement au rôle de l'État pour contrecarrer la valence différentielle

21. Voir la Commission du droit du Canada, *op. cit.*, p. 39 et suivantes.

des sexes se situent dans ce contexte: est-il légitime de présumer une obligation de soutien après un an de vie commune? Surtout, est-il sage de diminuer le rôle de l'État (et le soutien économique comme le crédit d'impôt) sur la base de la présomption d'une obligation de soutien?

En troisième lieu, la Commission étudie le nouveau statut, appelé partenariat enregistré ou partenariat domestique, dont l'objectif est de fournir à l'État une méthode de reconnaissance et de soutien des rapports personnels. Lorsque les personnes enregistrent leur union, elles s'assujettissent à un éventail de droits et de responsabilités. Les régimes d'enregistrement permettent d'accomplir des objectifs semblables au mariage en termes de sécurité juridique, mais ils permettent peut-être davantage de flexibilité quant au contenu normatif des obligations. D'une certaine façon les régimes d'enregistrement pourraient être plus variés et mieux refléter la diversité des rapports et possiblement leur évolution dans le temps.

La Commission étudie finalement le mariage, comme quatrième élément du soutien étatique. Elle suggère que le mariage comme « instrument juridique » n'est pas basé sur la capacité de procréer naturellement. Pour les fins juridiques, le mariage vise à structurer l'entente entre deux personnes de s'engager mutuellement à s'entraider et se soutenir. Selon cette conception plutôt contractuelle du mariage, il n'y a pas de raisons de restreindre l'accès à ce mécanisme juridique aux seuls couples hétérosexuels. Dans ce contexte, le raisonnement de la Commission commence par la question fondamentale: est-il nécessaire d'avoir des lois sur le mariage? Elle conclut qu'il est possible théoriquement de remplacer le mariage par un enregistrement mais que cette abrogation des lois sur le mariage serait impraticable. Elle examine ensuite une séparation plus stricte entre les rôles de l'Église et de l'État dans le mariage à la manière de la République française pour encore une fois suggérer qu'un changement radical (éliminer les conséquences juridiques du mariage religieux en vigueur depuis la Confédération au Canada) n'est pas nécessaire. La Commission conclut, et c'est la recommandation qui a eu le plus de portée médiatique, que dans les circonstances, l'option la moins dérangeante et la plus conservatrice, compte tenu des

enjeux constitutionnels canadiens, était l'abolition des limites hétérosexuelles au mariage. Elle s'exprime ainsi :

[...] l'argument selon lequel le mariage devrait être réservé aux couples hétérosexuels ne peut être soutenu dans le contexte où les objectifs de l'État qui sous-tendent la réglementation contemporaine du mariage sont essentiellement des objectifs contractuels ayant trait à la facilitation de l'ordonnement privé. Il n'y a aucune justification pour maintenir les distinctions courantes entre les unions conjugales homosexuelles et hétérosexuelles à la lumière de l'interprétation actuelle des intérêts de l'État en matière de mariage. L'objet laïc du mariage est de fournir un cadre ordonné dans lequel les gens peuvent exprimer leur engagement réciproque, recevoir une reconnaissance et un soutien publics et accepter volontairement un éventail de droits et d'obligations juridiques²².

Tel que nous l'avons mentionné plus haut, la *Loi sur le mariage civil* de 2005 a éliminé les barrières juridiques au mariage pour les couples de même sexe. Cependant, le reste du rapport de la Commission n'a pas encore reçu beaucoup d'attention législative. L'idée de ne pas utiliser le concept de « conjugalité » comme outil de gestion de l'interdépendance psychologique et économique devra continuer de faire son chemin. Selon moi, cette contestation de la conjugalité devrait permettre une épuration de notre législation de concepts surannés qui contribuent à punir les personnes qui optent pour contester le modèle hétérosexuel dominant. Cette contestation devrait permettre de mieux affirmer le choix des personnes seules et des mères de familles monoparentales, maintenant souvent perçues comme en transition entre deux relations. Une meilleure sécurité juridique pour la mère de famille monoparentale me semble le meilleur outil pour assurer le contrôle par les femmes de leur propre fécondité.

Conclusion

Les travaux de Françoise Héritier ont permis de bien comprendre la prévalence de la hiérarchie entre les sexes basée sur le contrôle de la fécondité. Malgré les avancées juridiques des années 1970 et 1980, les femmes continuent souvent de vivre des rapports personnels et

22. *Ibid.*, p. 142.

des rapports sociaux différenciés sexuellement. Cette valence différentielle des sexes semblait immuable et incontournable et semble contrecarrer les apparences juridiques formelles d'égalité.

C'est donc par une redéfinition plus complète du rapport à la fécondité et à la conjugalité que pourrait passer l'accès à une égalité réelle pour les femmes. Ce contrôle de la fécondité pourrait nous inviter à repenser la centralité du modèle conjugal hétérosexuel et à valider d'autres formes d'existence et de rapports psychologiques. L'État doit-il être totalement neutre dans son traitement des rapports affectifs? Comment peut-il à la fois valider l'expérience de modèles de vie qui contestent la prédominance de modèle hiérarchisé sexuellement sans s'enliser dans des abstractions qui ne tiennent pas compte de la prévalence de l'exploitation des femmes. Un modèle absolument neutre face aux choix de vie risque de masquer la réelle exploitation qui peut se faire dans les relations conjugales. Cependant, ne pas briser la prédominance du modèle et ne pas tenter de normaliser par la voie législative les choix alternatifs (couples de même sexe, famille monoparentale, célibat, familles reconstituées, cohabitation parent-enfant ou entre amis) qui sont faits, risque de perpétuer à jamais des rapports inégaux caractérisés par la valence différentielle des sexes.

