

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Québec (Procureur général) *c.* A, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61 | **Date :** 20130125**Dossier :** 33990 |

**Entre :**

**Procureur général du Québec**

Appelant

et

**A**

Intimée

**Et entre :**

**B**

Appelant

et

**A**

Intimée

**Et entre :**

**A**

Appelante

et

**B et Procureur général du Québec**

Intimés

- et -

**Procureur général du Nouveau-Brunswick, Procureur général de l’Alberta,**

**Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec et**

**Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes**

Intervenants

**Traduction française officielle**: Motifs de la juge en chef McLachlin et de la juge Abella

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 282)**Motifs dissidents quant au résultat :**(par. 283 à 381)**Motifs dissidents en partie quant au résultat :**(par. 382 à 409)**Motifs concordants quant au résultat :**(par. 410 à 450) | Le juge LeBel (avec l’accord des juges Fish, Rothstein et Moldaver)La juge AbellaLa juge Deschamps (avec l’accord des juges Cromwell et Karakatsanis)La juge en chef McLachlin |

Québec (Procureur général) *c.* A, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61

Procureur général du Québec Appelant

c.

A Intimée

‑ et ‑

B Appelant

c.

A Intimée

‑ et ‑

A Appelante

c.

B et Procureur général du Québec Intimés

et

Procureur général du Nouveau‑Brunswick,

Procureur général de l’Alberta,

Fédération des associations de familles monoparentales

et recomposées du Québec et

Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes Intervenants

**Répertorié : Québec (Procureur général) *c.* A**

2013 CSC 5

No du greffe : 33990.

2012 : 18 janvier; 2013 : 25 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

en appel de la cour d’appel du québec

 *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’égalité — Discrimination fondée sur l’état matrimonial — Conjoints de fait — Les dispositions du Code civil du Québec portant sur la résidence familiale, le patrimoine familial, la prestation compensatoire, la société d’acquêts et l’obligation alimentaire entre conjoints portent‑elles atteinte à la garantie d’égalité parce que leur application est limitée aux rapports juridiques privés des conjoints mariés et des conjoints unis civilement?* *— Dans l’affirmative,* *cette atteinte est‑elle justifiée? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484, 585 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1).*

 *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’égalité — Cadre d’analyse applicable à une demande fondée sur l’art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Les préjugés et les stéréotypes représentent‑ils des éléments particuliers nécessaires auxquels doit se rattacher une plainte de discrimination? —* *Distinction entre les deux étapes de l’analyse relative au droit à l’égalité, soit l’étape de l’examen fondé sur l’art. 15 et celle de la justification suivant l’article premier — À quelle étape de l’analyse convient‑il d’examiner le libre choix et l’autonomie des conjoints en ce qui a trait au partage des biens et au soutien alimentaire?*

 *Droit de la famille — Conjoints de fait — Séparation — Aliments — Pension alimentaire pour le conjoint — Biens familiaux — Conjoints de fait ne bénéficiant pas des mesures de protection reconnues par le Code civil du Québec aux conjoints mariés ou unis civilement en matière de soutien alimentaire et de partage des biens — L’omission de conférer les mêmes droits aux conjoints de fait porte‑t‑elle atteinte au droit à l’égalité garanti par l’art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484, 585.*

 A et B se rencontrent en 1992 dans le pays d’origine de A. Cette dernière, alors âgée de 17 ans, vit chez ses parents et poursuit ses études. B, âgé de 32 ans, est propriétaire d’une entreprise prospère. De 1992 à 1994, ils voyagent ensemble autour du monde plusieurs fois par année. B soutient A financièrement pour la poursuite de ses études. Au début de 1995, le couple convient que A viendra vivre au Québec, où B demeure. Ils rompent peu de temps après, mais ils se revoient à la période des Fêtes et au début de 1996. A devient alors enceinte de leur premier enfant. Elle a par la suite deux autres enfants avec B, en 1999 et en 2001. Pendant la vie commune, A tente d’amorcer une carrière de mannequin, mais essentiellement elle ne travaille pas à l’extérieur du foyer et elle accompagne souvent B lors de ses voyages. B pourvoit à tous les besoins de A et des enfants. A souhaite se marier, mais B lui répond qu’il ne croit pas à l’institution du mariage. Il dit qu’il pourrait envisager de se marier un jour, mais uniquement afin d’officialiser une longue relation. Les parties se séparent en 2002, après une cohabitation qui a duré sept ans.

 En février 2002, A dépose en cour une requête sollicitant la garde des enfants. Elle joint à cette procédure un avis au procureur général du Québec de son intention de contester la constitutionnalité de plusieurs dispositions du *Code civil du Québec* («*C.c.Q.*»)afin d’obtenir, pour les conjoints de fait, le même régime juridique que celui prévu pour les conjoints mariés. A réclame ainsi une pension alimentaire pour elle‑même, une somme globale, le partage du patrimoine familial et du régime matrimonial légal de la société d’acquêts ainsi que la réserve de ses droits pour demander une prestation compensatoire. Une réclamation relativement à l’usage de la résidence familiale a été réglée par entente entre A et B. Les présents pourvois portent uniquement sur le volet constitutionnel du dossier. La Cour supérieure du Québec rejette les arguments constitutionnels de A et conclut que les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit à l’égalité garanti par l’art. 15 de la *Charte*. A se pourvoit devant la Cour d’appel du Québec, qui accueille en partie son appel et déclare inopérante la disposition relative à l’obligation alimentaire entre conjoints. La cour confirme toutefois la décision de première instance quant à la constitutionnalité des dispositions portant sur la résidence familiale, le patrimoine familial, la prestation compensatoire et la société d’acquêts. À la majorité, la cour suspend la déclaration d’invalidité constitutionnelle de l’art. 585 *C.c.Q.* pour une période de 12 mois. B et le procureur général du Québec interjettent appel de la décision de la Cour d’appel à l’égard de l’invalidation de l’art. 585. A pour sa part se pourvoit contre la confirmation de la validité constitutionnelle des dispositions sur le partage des biens.

 *Arrêt* (les juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis sont dissidents en partie quant au résultat et la juge Abella est dissidente quant au résultat) : Les pourvois du procureur général du Québec et de B sont accueillis et le pourvoi de A est rejeté. Les articles 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 du *Code civil du Québec* sont constitutionnels.

 Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. Les articles 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, contreviennent‑ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponses : La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Cromwell et Karakatsanis répondraient oui. Les juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver répondraient non.

2. Dans l’affirmative, s’agit‑il d’une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponses : Les juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver sont d’avis qu’il n’est pas nécessaire de répondre à cette question. La juge en chef McLachlin répondrait oui. Les juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis répondraient que seul l’art. 585 n’est pas justifié au sens de l’article premier. La juge Abella répondrait non.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

(1)*Paragraphe 15(1) de la Charte*

 *Les* juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver (opinion minoritaire quant au par. 15(1)) : Le *Code civil du Québec* établit un régime primaire impératif qui définit les effets fondamentaux du mariage. Ce régime impose des droits, des devoirs et des obligations mutuels et il altère radicalement les droits patrimoniaux de chacun des époux. Spécifiquement, ce régime impose la formation d’une union économique partielle entre les époux. Outre le régime primaire, en l’absence de contrat de mariage prévoyant la séparation de biens ou des modifications au régime légal, le mariage emporte l’assujettissement des époux au régime matrimonial légal de la société d’acquêts. Comme le régime primaire, la société d’acquêts modifie significativement les droits de chacun des époux à l’égard de leur patrimoine. Le législateur québécois n’impose ces régimes qu’à ceux et celles qui, d’un commun accord avec une autre personne, ont manifesté leur volonté d’y adhérer. Ce consentement doit être explicite et prendre la forme du mariage ou de l’union civile. Le *Code civil du Québec* n’encadre pas les termes de l’union entre conjoints de fait. Puisque l’union de fait échappe au cadre législatif impératif propre au mariage et à l’union civile, les conjoints de fait demeurent libres de modeler leur relation à leur gré dans le respect de l’ordre public. À cet effet, ils peuvent conclure des ententes organisant leurs relations patrimoniales pendant la vie commune et prévoyant les conséquences d’une possible rupture.

 En plaidant que les art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 du *Code civil du Québec* contreviennent au par. 15(1) de la *Charte* et ne sont pas justifiés en vertu de l’article premier, A réclame l’application de certains attributs du régime primaire applicable en cas de séparation de corps, de divorce ou de dissolution de l’union civile. Elle réclame aussi l’application automatique et obligatoire du régime matrimonial légal de la société d’acquêts. Les arrêts *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, et *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, ont remanié et apporté d’importantes précisions au cadre analytique régissant la mise en œuvre de la garantie d’égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*. Comme le prévoit ce cadre d’analyse, en règle générale, une distinction discriminatoire est une distinction désavantageuse qui perpétue un préjugé ou applique un stéréotype. L’existence d’un désavantage préexistant ou historique facilitera la preuve éventuelle d’un préjugé ou d’un stéréotype. Cependant, l’existence ou la perpétuation d’un désavantage ne saura, à elle seule, rendre une distinction discriminatoire. L’égalité réelle n’est pas violée par la seule imposition d’un désavantage. Elle est niée par l’imposition d’un désavantage injuste ou répréhensible, ce qui se produit, le plus souvent, lorsque ce désavantage perpétue un préjugé ou applique un stéréotype. Ainsi, selon le cadre d’analyse établi, une cour analysant la validité d’une allégation d’atteinte au par. 15(1) devra traiter des questions suivantes : (1) La loi crée‑t‑elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée‑t‑elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? Le demandeur peut démontrer que la mesure contestée crée une distinction explicite ou qu’elle crée une distinction par effet indirect.

 La conclusion de la majorité de la Cour dans l’arrêt *Nouvelle‑Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325, aurait été la même si elle avait résulté d’une analyse effectuée sous le cadre juridique remanié par *Kapp* et *Withler*. En effet, bien que la loi en cause ait créé une différence de traitement fondée sur l’état matrimonial en ne réservant l’application de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux qu’aux seuls couples mariés à l’exclusion des conjoints de fait, cette distinction n’entraînait pas de désavantage causé par la perpétuation d’un préjugé ou par l’application de stéréotypes. L’analyse de la majorité s’inscrivait ainsi dans la volonté de recherche de l’égalité réelle. L’arrêt *Walsh* repose sur un principe de libre choix entre différents statuts matrimoniaux qui ont des conséquences diverses pour les conjoints, principe qui ne viole pas dans ce contexte la garantie constitutionnelle d’égalité. Ce principe conserve sa validité dans le cadre du présent litige, malgré l’évolution jurisprudentielle ultérieure. Bien que *Walsh* ne portait pas sur l’obligation alimentaire, mais sur le partage égal de biens familiaux, les réflexions de la majorité sur les sources des distinctions établies entre les différentes formes d’union et leurs conséquences demeurent pertinentes.

 Pour régler le sort des présents pourvois, il n’y a pas lieu de distinguer le partage des biens de l’obligation alimentaire. Une telle distinction occulte le caractère d’« association économique » que le législateur québécois impose au mariage et à l’union civile. Elle néglige également le fait que cette association s’organise autour d’un régime primaire impératif de nature à la fois patrimoniale et extrapatrimoniale, et que ce régime institue l’obligation alimentaire à titre d’effet du mariage et de l’union civile. À ce titre, l’obligation alimentaire demeure liée aux autres effets du mariage et de l’union civile, comme l’obligation au partage des charges du ménage, le sort de la résidence familiale et la création d’un patrimoine familial. Elle constitue une partie intégrale et indissociable de l’ensemble des mesures qui forment le régime primaire québécois. Il ne s’agit donc pas de déterminer en l’espèce si l’exclusion des conjoints de fait de l’obligation alimentaire est discriminatoire, mais plutôt de déterminer si leur exclusion de l’ensemble de l’encadrement légal imposé aux époux et aux conjoints unis civilement est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

 Afin d’établir l’existence d’une situation de discrimination, A doit démontrer, par prépondérance des probabilités, que les dispositions du *Code civil du Québec* en litige créent une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue, et que ce désavantage est discriminatoire parce qu’il perpétue un préjugé ou qu’il applique un stéréotype. Les dispositions portant sur le patrimoine familial, la résidence familiale, la prestation compensatoire, la société d’acquêts et l’obligation alimentaire ne s’appliquent qu’aux personnes mariées ou unies civilement, à l’exclusion des conjoints de fait. Ces dispositions comportent donc, dans leur effet, une distinction fondée sur le motif analogue qu’est l’état matrimonial. Cette distinction peut entraîner des désavantages pour les personnes se trouvant exclues de l’encadrement légal découlant du mariage ou de l’union civile. Dans la plupart des cas de séparation de conjoints de fait, un des conjoints sera vraisemblablement placé dans une situation patrimoniale plus précaire que si le couple avait été composé de personnes mariées ou unies civilement. Dès lors, à moins que les conjoints de fait ne bénéficient d’une capacité de gain et d’un patrimoine identiques, un des conjoints se trouvera dans une situation moins favorable après la rupture que ne l’aurait été le conjoint marié ou uni civilement, placé dans une situation patrimoniale similaire.

 La distinction n’est cependant pas discriminatoire puisqu’elle ne crée pas de désavantage par l’expression ou la perpétuation d’un préjugé ou par l’application de stéréotypes. Bien que durant une période de l’histoire du Québec, les conjoints de fait aient été victimes d’une hostilité législative accompagnée d’ostracisme social, rien dans la preuve ne permet de conclure que l’union de fait fasse aujourd’hui l’objet de l’opprobre populaire. Les rapports d’expertise déposés par les parties tendent plutôt à démontrer le contraire. L’union de fait serait devenue un mode de conjugalité respecté n’entraînant aucun jugement péjoratif de la part de l’ensemble de la société québécoise. De même, l’hostilité législative traditionnelle semble s’être généralement muée en acceptation du phénomène de l’union de fait. À cet effet, les lois sociales québécoises n’entretiennent plus de distinctions entre les divers modes de conjugalité tant sur le plan des bénéfices accordés que sur celui des obligations imposées aux conjoints lorsqu’il s’agit de leurs rapports avec les institutions publiques. La distinction subsiste dans le cas des rapports des conjoints entre eux, au sein de leur union conjugale où subsiste une volonté de préserver une possibilité de choix entre des modes de conjugalité divers.

 L’exclusion des conjoints de fait de l’application des dispositions contestées n’est pas non plus discriminatoire par l’expression d’un préjugé. Le législateur ne crée pas une hiérarchie entre les diverses formes de conjugalité et ne manifeste pas une préférence pour le mariage et l’union civile au détriment de l’union de fait. Il ne procède qu’à la définition du contenu juridique des différentes formes d’union conjugale. Il fait du consentement la clé de la modification des rapports patrimoniaux mutuels des conjoints. Il préserve dès lors la liberté de ceux qui désirent organiser leurs rapports patrimoniaux hors du cadre impératif légal. Le consentement explicite et non présumé constitue la source des obligations de soutien alimentaire et de partage des intérêts patrimoniaux entre conjoints. Ce consentement s’exprime en droit québécois par la conclusion d’un mariage, d’une union civile ou d’une entente de vie commune. L’entrée dans les régimes de protection prévus par la loi repose, nécessairement, sur un consentement mutuel. À cet égard, la conclusion de contrats de vie commune permet aux conjoints de fait de créer entre eux les rapports juridiques qu’ils estiment nécessaires sans devoir modifier la forme de conjugalité dans laquelle ils ont situé leur vie commune. Dans ce contexte où le consentement mutuel sous différentes formes constitue la source d’un ensemble de droits et d’obligations, il devient difficile de parler de discrimination envers les époux de fait. La possibilité de choix qui s’est ainsi offerte est devenue un élément clé de l’analyse pour déterminer l’étendue du droit en cause et non uniquement pour justifier une limitation à ce droit. Pour respecter l’objet du par. 15(1), il n’est pas impératif de prescrire un encadrement identique pour chaque forme d’union. En l’espèce, un encadrement différent des rapports privés entre conjoints ne trahit pas l’expression ou la perpétuation d’un préjugé, mais implique plutôt un respect pour les manières différentes de concevoir la conjugalité. Aucune hiérarchie de valeur n’est ainsi établie entre les différents couples.

 Par conséquent, les articles du *Code civil du Québec* dont A conteste la validité constitutionnelle n’expriment ni ne perpétuent un préjugé à l’égard des conjoints de fait. Il apparaît au contraire que ces dispositions, en ce qu’elles respectent l’autonomie des personnes et la liberté des conjoints de fait d’aménager leurs rapports en fonction de leurs besoins, reconnaissent deux des valeurs sous‑jacentes au par. 15(1) de la *Charte*. Elles se situent dans le cadre d’une évolution législative longue et complexe, au cours de laquelle l’Assemblée nationale du Québec a eu le souci d’accompagner les mouvements de la société et d’adapter le droit de la famille à de nouveaux modes de rapports conjugaux dans le respect de la liberté des conjoints.

 De plus, aucune preuve au dossier de la Cour ne permet de conclure que l’exclusion des conjoints de fait du régime primaire et de la société d’acquêts repose sur une caractérisation stéréotypée de leur situation réelle. Spécifiquement, aucun élément de preuve mis de l’avant par A ne tend à démontrer que la politique du libre choix, du consensualisme et de l’autonomie de la volonté ne correspond pas à la réalité vécue par les personnes visées. Il n’est pas possible de prendre connaissance d’office du fait que le choix du mode de conjugalité n’est pas un choix délibéré et véritable qui devrait entraîner des conséquences patrimoniales et qu’il découlerait nécessairement de l’ignorance des conjoints à l’égard des conséquences de leur statut. Un tel fait prête clairement à controverse et n’est pas à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Il n’est pas déraisonnable de considérer qu’en théorie, des individus font parfois des choix peu éclairés et que certaines personnes peuvent ne pas être conscientes des conséquences de leur choix de mode de vie conjugale. Néanmoins, prendre connaissance d’office du fait que le choix volontaire de ne pas se marier n’exprime pas une décision autonome de se soustraire aux régimes légaux pousserait les limites de la connaissance d’office au‑delà de ce qui est légitime, particulièrement à l’égard d’une question située au cœur de ce litige. A n’a pas établi, en l’espèce, que c’est un stéréotype que de considérer que les couples en union de fait ont choisi de ne pas s’assujettir aux régimes du mariage ou de l’union civile. Le régime québécois, dont l’effet est de respecter la liberté de choix de chaque personne d’établir sa propre forme de conjugalité et, par le fait même, d’adhérer ou non au régime législatif du mariage ou de l’union civile avec leurs conséquences juridiques distinctes, ne repose pas sur un stéréotype. En ce sens, une fois reconnu le principe de l’autonomie de la volonté, qui par ailleurs est une des valeurs sous‑tendant la garantie d’égalité prévue à l’art. 15 de la *Charte*, les choix qu’effectuent les individus en exerçant cette autonomie méritent d’être respectés par les tribunaux. Dans ce contexte, il appartiendra au législateur d’intervenir s’il considère que les conséquences de ces choix autonomes engendrent des difficultés sociales auxquelles il importe de remédier.

 En conclusion, les art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 du *Code civil du Québec*, bien qu’ils établissent une distinction fondée sur l’état matrimonial entre les conjoints de fait et les époux ou les conjoints unis civilement, ne créent pas de désavantage par l’expression ou la perpétuation d’un préjugé ou par l’application de stéréotypes. Ces dispositions ne portent donc pas atteinte à la garantie d’égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*.

 *La* juge Abella (opinion majoritaire quant au par. 15(1)) : L’exclusion totale des conjoints de fait — expression utilisée au Québec pour désigner les personnes qui vivent en couples mais ne sont ni mariées ni unies civilement — du bénéfice des mesures de protection juridiques reconnues aux conjoints unis formellement en matière de soutien alimentaire et de partage des biens constitue une violation du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Au Québec, les conjoints mariés ou unis civilement qui, selon le cas, divorcent ou se séparent disposent de certaines mesures de protection juridiques. Chacun des conjoints a le droit de demander à l’autre de lui verser un soutien alimentaire, et de réclamer le partage égal des biens familiaux. Les dispositions législatives québécoises régissant le soutien alimentaire en faveur du conjoint et les biens familiaux visent à reconnaître les rôles assumés par les conjoints au sein de la relation ainsi que toute situation de dépendance et de vulnérabilité qui en résulte à la dissolution de celle-ci, et à les indemniser en conséquence. Bien des conjoints de fait présentent les caractéristiques qui ont entraîné l’établissement des garanties accordées aux conjoints unis formellement. Ils forment des unions de longue durée; ils se partagent les tâches ménagères et il s’établit entre eux une grande interdépendance; et, fait crucial, le conjoint financièrement dépendant, et par conséquent vulnérable, subit, au moment de la dissolution de la relation, les mêmes inconvénients que les conjoints mariés ou unis civilement. Pourtant, au Québec, ces conjoints de fait dépendants n’ont pas le droit de demander des aliments, ils n’ont pas droit au partage du patrimoine familial et ils ne sont assujettis à aucun régime matrimonial.

 Comme le démontre l’histoire du droit de la famille actuel, l’équité requiert que nous nous attachions au contenu réel de la structure sociale de la relation. Au Québec et dans le reste du Canada, le droit au soutien ne repose pas sur le statut juridique de l’époux ou de l’épouse, mais sur l’état concret de dépendance ou de vulnérabilité que crée la relation conjugale. Le droit relatif au partage des biens familiaux repose lui aussi sur un ensemble de règles possédant une vocation protectrice plutôt qu’un caractère contractuel. Au Québec, les dispositions ayant créé le mécanisme de la prestation compensatoire et celui du patrimoine familial ont été désignées mesures d’ordre public, applicables impérativement aux conjoints mariés et aux conjoints unis civilement. Le caractère impératif du régime de la prestation compensatoire et de celui du patrimoine familial fait bien ressortir la priorité qu’a accordée le Québec aux préoccupations relatives à la protection des conjoints vulnérables par rapport à d’autres valeurs comme la liberté de choix en matière contractuelle.

 Au Canada, les conjoints non mariés ont longtemps été stigmatisés; cependant, à mesure que les attitudes de la société ont changé à leur égard, la façon de voir des législateurs et des tribunaux a elle aussi évolué et ils en sont venus à accepter l’existence de rapports conjugaux en dehors du cadre matrimonial formel. Ce changement reflétait une conception plus large de la notion de « famille ». À la suite du changement des attitudes et de l’acceptation de la similitude fonctionnelle entre le mariage et de nombreuses relations unissant des personnes non mariées, la Cour a étendu les mesures de protection à ces dernières. Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par exemple, la Cour a conclu que l’« état matrimonial » était un motif analogue pour l’application du par. 15(1) de la *Charte* en raison du désavantage historique subi par les conjoints non mariés. Fait important, la Cour a également fait remarquer que, bien qu’une personne soit en théorie libre de choisir de se marier ou non, il existe en réalité un certain nombre de facteurs, indépendants de sa volonté, qui pourraient faire en sorte que cette décision lui échappe effectivement. La Cour reconnaissait ainsi la nature complexe et réciproque de la décision de se marier, ainsi que la myriade de facteurs qui influent sur cette décision. Elle reconnaissait également que la décision de vivre ensemble en tant que conjoints non mariés, pour certains, ne constitue peut‑être pas du tout un choix dans les faits.

 La disposition sur l’égalité, l’art. 15, a pour objet d’éliminer les obstacles qui empêchent les membres d’un groupe énuméré ou analogue d’avoir accès concrètement à des mesures dont dispose la population en général. Dans *Kapp*, la Cour a réitéré son attachement au critère établi dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, où l’art. 15 avait été considéré comme une mesure antidiscrimination. Le critère élaboré dans l’arrêt *Andrews* impose au demandeur le fardeau de démontrer que le gouvernement a établi une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et que l’effet de cette distinction sur l’individu ou le groupe perpétue un désavantage. Si le demandeur fait cette démonstration, il incombe alors au gouvernement de justifier le caractère raisonnable de la distinction conformément à l’article premier. Ces principes ont été reformulés ainsi dans l’arrêt *Kapp* et, plus tard, dans *Withler* : (1) La loi crée‑t‑elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) Cette distinction crée‑t‑elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes?

 Lorsqu’elle a mentionné les notions de préjugé et d’application de stéréotypes en reformulant, dans *Kapp*, le deuxième volet du critère de l’arrêt *Andrews*, la Cour n’entendait pas créer une nouvelle analyse pour l’application de l’art. 15. Les préjugés et l’application de stéréotypes ne sont pas des éléments distincts du critère auquel doit satisfaire le demandeur. Les préjugés sont des attitudes péjoratives reposant sur des opinions bien arrêtées quant aux capacités ou limites propres de personnes ou des groupes auxquels celles‑ci appartiennent. L’application d’un stéréotype est une attitude qui, tout comme un préjugé, tend à désavantager autrui, mais c’est aussi une attitude qui attribue certaines caractéristiques aux membres d’un groupe, sans égard à leurs capacités réelles. Une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes peut indubitablement entraîner une conduite discriminatoire, conduite qui peut à son tour renforcer cette attitude négative. Or, les arrêts *Kapp* et *Withler* n’ont pas pour effet d’imposer aux demandeurs invoquant l’art. 15 l’obligation additionnelle de prouver qu’une distinction perpétue une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes à leur endroit. Une telle démarche s’attache à tort à la question de savoir s’il existe une attitude, plutôt qu’un effet, discriminatoire, contrairement aux enseignements des arrêts *Andrews*, *Kapp* et *Withler*. C’est la conduite discriminatoire que cherche à prévenir l’art. 15, non pas l’attitude ou le mobile à l’origine de cette conduite. Par conséquent, exiger d’un demandeur qu’il prouve qu’une distinction perpétue une attitude négative à son endroit serait lui imposer un fardeau dans une large mesure non pertinent, pour ne pas dire indéfinissable.

 À la base, l’art. 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Ce qu’il faut, c’est déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Les actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires.

 L’évaluation de l’objectif de la loi contestée constitue certes un aspect important de l’analyse fondée sur la *Charte*, mais elle est réalisée à l’étape de l’article premier, une fois que le fardeau de la preuve est passé à l’État, qui doit établir le caractère raisonnable de la violation. Le fait de se pencher sur l’objectif de la loi — la liberté de choisir — à l’étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1) serait non seulement contraire à l’approche établie dans *Andrews*, mais elle serait également tout à fait incompatible avec l’arrêt *Miron* et compromettrait la qualité de motif analogue reconnue à l’état matrimonial.La Cour ayant reconnu l’état matrimonial comme motif analogue, il est contradictoire de conclure non seulement que les conjoints de fait ont le choix de décider de leur état matrimonial, mais également que ce même choix a pour effet de les exclure du bénéfice de la protection du par. 15(1), à laquelle ils ont droit suivant l’arrêt *Miron*. Qui plus est, la Cour a maintes fois rejeté des arguments voulant que l’existence d’un choix empêche de conclure qu’une distinction constitue de la discrimination.

 Comme l’analyse relative à l’égalité que commande le par. 15(1) de la *Charte* a évolué de manière appréciable au cours des dix années qui se sont écoulées depuis l’arrêt *Walsh*, point n’est besoin de suivre cette décision. En particulier, dans cet arrêt les juges majoritaires s’étaient appuyés sur le critère de la dignité et sur des groupes de comparaison, deux éléments qui ne sont plus requis dans l’analyse fondée sur le par. 15(1).

 L’exclusion des conjoints de fait du bénéfice des protections de nature économique dont jouissent les relations conjugales formelles constitue une distinction basée sur l’état matrimonial, un motif analogue. Le fait qu’elle impose un désavantage est clair : la loi exclut les conjoints de fait vulnérables et financièrement dépendants du bénéfice de mesures de protection considérées si essentielles au bien‑être des conjoints vulnérables mariés ou unis civilement que l’une d’elles s’applique de manière présumée et que les autres sont d’ordre public, écartant ainsi explicitement la liberté de contracter ou de choisir de ces couples. Le désavantage perpétué par cette exclusion a un caractère historique : elle continue de nier aux conjoints de fait des mesures de soutien financier qui leur ont toujours été refusées, des mesures que le Québec a jugé indispensables pour protéger les conjoints mariés ou unis civilement. Il fait peu de doute que certaines unions de fait sont fonctionnellement similaires aux unions formellement reconnues. Comme bon nombre de conjoints vivant au sein d’unions de fait présentent les mêmes caractéristiques fonctionnelles que les conjoints vivant dans des unions formelles, y compris le même risque qu’un des conjoints se retrouve financièrement vulnérable et désavantagé en cas de rupture, l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice de telles mesures de protection perpétue le désavantage historique dont ils sont victimes, et ce, sur la base de leur état matrimonial. Il n’est pas nécessaire de démontrer l’existence d’une attitude imbue de préjugés motivant l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice des mesures de protection prévues par la loi et dont l’application est présumée, ou créée par cette exclusion. Les attitudes ont certes changé envers les unions de fait au Québec; mais ce qui importe n’est pas l’évolution des mentalités à leur égard, mais le fait que le traitement discriminatoire qu’on leur réserve se poursuit.

 *Les* juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis (opinion concordante avec celle de la juge Abella quant au par. 15(1)) : Il y a accord avec l’analyse que fait la juge Abella de l’art. 15 de la *Charte* et avec sa conclusion qu’il y a atteinte au droit protégé par cette disposition. Le législateur québécois enfreint la garantie d’égalité en écartant les conjoints de fait de toutes les mesures de protection accordées en cas de rupture de la relation familiale aux personnes mariées ou unies civilement. La Cour a reconnu que le statut de personne non mariée constitue un motif analogue, parce que, historiquement, ces personnes étaient considérées comme ayant adopté un régime de vie moins digne de respect que celui des personnes mariées. Pour cette raison, elles étaient exclues du bénéfice des protections sociales. Bien que la perception qu’a la société du statut de conjoint de fait ait évolué au cours des dernières décennies et que rien n’indique que le législateur québécois ait eu l’intention de stigmatiser les conjoints de fait, la négation des bénéfices en question perpétue le désavantage dont ces personnes ont historiquement fait l’objet. Il était donc nécessaire pour le procureur général du Québec de justifier cette distinction.

 *La* juge en chef McLachlin (opinion concordante avec celle de la juge Abella quant au par. 15(1)) : Il y a accord avec l’analyse de la juge Abella relative à l’art. 15 de la *Charte* ainsi qu’avec sa conclusion selon laquelle il est porté atteinte au droit garanti par cette disposition. Bien que la promotion ou la perpétuation de préjugés, d’une part, et l’application de stéréotypes erronés, d’autre part, soient des guides utiles pour déterminer ce qui constitue de la discrimination, il faut procéder à une analyse contextuelle qui tienne compte par exemple d’un désavantage préexistant pour le groupe demandeur, du degré de correspondance entre la distinction qui est faite et la situation réelle de ce groupe, de l’incidence ou de l’objet améliorateur des dispositions législatives en cause et de la nature des droits touchés. La question de savoir si la loi est discriminatoire doit être examinée du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d’attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur.

 Il importe de garder distinctes les analyses que commandent respectivement l’art. 15 et l’article premier. *Walsh* ne lie pas la Cour dans la présente affaire. Les politiques publiques comme le libre choix et l’autonomie individuelle qui, dans *Walsh*, avaient permis de conclure à l’absence de violation de l’art. 15, sont des facteurs qu’il est préférable de prendre en compte à l’étape de l’analyse qui porte sur l’article premier.

 En l’espèce, l’approche du Québec qui consiste à appliquer des mesures de protection obligatoires uniquement aux conjoints mariés ou unis civilement porte atteinte au droit à l’égalité des conjoints de fait garanti par l’art. 15. Une personne raisonnable placée dans la situation de A pourrait en conclure que, à l’occasion d’une rupture, la loi se préoccupe moins des personnes qui se trouvent dans une situation semblable à celle de A que des conjoints mariés ou unis civilement. Tel qu’elle s’applique à ceux qui se retrouvent dans la situation de A, la loi perpétue les effets d’un désavantage historique ancré dans les préjugés *et* se fonde sur des stéréotypes erronés quant à la capacité de la demanderesse d’exercer un choix plutôt que sur sa situation réelle. Même si, au Québec, l’opprobre législatif à l’endroit des conjoints de fait a disparu, la loi actuelle continue de les exclure des régimes protecteurs offerts par le droit de la famille québécois. En outre, la loi tient pour acquis que les conjoints de fait choisissent de renoncer aux mesures protectrices qu’elle offre aux conjoints mariés ou unis civilement. Cette hypothèse ne concorde pas avec la situation réelle des conjoints de fait comme A.

(2) *Article premier de la Charte*

 *Les* juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver : Puisque l’exclusion des conjoints de fait du champ d’application des dispositions du *Code civil du Québec* en litige n’est pas discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte* et ne comporte pas de violation de la garantie constitutionnelle d’égalité, il n’est pas nécessaire de passer à l’étape de l’analyse sous l’article premier de la *Charte*.

 *La* juge en chef McLachlin : L’atteinte au droit à l’égalité garanti aux conjoints de fait est justifiée au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article premier de la *Charte*. L’objectif visé par le législateur québécois, soit la promotion du libre choix et de l’autonomie de tous les conjoints de la province en ce qui a trait au partage des biens et au soutien alimentaire, a été adopté en réponse aux changements rapides survenus dans les attitudes au Québec à l’égard du mariage et est suffisamment important pour justifier une atteinte au droit à l’égalité. La distinction que la loi établit a un lien rationnel avec l’objectif de l’État. L’approche du Québec n’impose des obligations prescrites par l’État qu’aux conjoints qui ont fait activement le choix délibéré d’accepter de s’y conformer. Le régime législatif québécois se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables pour maximiser le libre choix et l’autonomie quant aux partages des biens familiaux et au soutien alimentaire. Même si les modèles adoptés par d’autres provinces canadiennes portent moins atteinte au droit à l’égalité des conjoints de fait que ne le fait le modèle québécois, de telles solutions serviraient moins efficacement les objectifs que vise le modèle québécois, soit de favoriser au plus haut point le libre choix et l’autonomie des couples de la province. La question qu’il faut se poser au volet de la réflexion relative à l’atteinte minimale est celle de savoir si l’objectif du régime législatif pourrait être atteint en restreignant moins le droit en cause, non pas de savoir si l’objectif en cause devrait être modifié. Finalement, les effets du modèle québécois sur le droit à l’égalité des conjoints de fait sont proportionnés par rapport à l’ensemble des avantages qu’il procure pour le groupe. Ce modèle accroît le libre choix et l’autonomie de nombreux conjoints de même que leur capacité à donner un sens personnel à leur relation. Compte tenu de la nécessité de laisser au législateur une certaine latitude quant aux questions sociales difficiles à trancher ainsi que de la nécessité d’être sensible à la responsabilité qui incombe à chaque province, en vertu de la Constitution, de légiférer pour sa propre population, le malheureux dilemme auquel sont confrontées les femmes comme A n’est pas disproportionné par rapport aux avantages que procure le régime québécois au point qu’il soit justifié de conclure à son inconstitutionnalité.

 *Les* juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis : Bien que la pension alimentaire et les mesures touchant les biens patrimoniaux partagent plusieurs fonctions et objectifs, elles ne peuvent ni ne doivent être confondues. Les besoins auxquels elles répondent ainsi que le traitement qui leur a été réservé jusqu’ici par le législateur justifie de les analyser séparément. Les mesures de protection du patrimoine des époux ne s’attachent pas, au même titre que la pension alimentaire, aux besoins fondamentaux du conjoint vulnérable. Ces mesures de protection du patrimoine visent à assurer une autonomie et une équité chez les couples qui ont pu ou voulu accumuler des biens. L’acquisition d’un droit de propriété résulte d’un processus différent de celui qui donne lieu à l’état de dépendance économique d’un conjoint. Alors que le projet de vie commune prend forme progressivement et peut aller jusqu’à créer une relation d’interdépendance sur laquelle une des parties n’a que peu ou pas de prise, l’acquisition de biens ne peut résulter que d’un geste conscient.

 Suivant cette analyse, seule l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice de la pension alimentaire n’est pas justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. L’objectif de promotion de l’autonomie des parties est urgent et réel. L’existence d’un lien rationnel est aussi reconnue. Cependant, il n’est pas satisfait au critère de l’atteinte minimale. L’intérêt touché est vital pour les personnes ayant vécu une relation d’interdépendance. Le fondement non compensatoire de la pension alimentaire a tout autant sa raison d’être pour les personnes mariées ou unies civilement que pour les conjoints de fait. Si la justification juridique de la pension alimentaire repose, entre autres, sur la satisfaction des besoins découlant de la rupture d’une relation d’interdépendance créée pendant la vie commune, il est difficile d’imaginer pourquoi les conjoints de fait qui pourraient ne pas avoir été libres de choisir d’officialiser par un mariage ou une union civile leur relation avec leur conjoint, mais qui vivent par ailleurs avec celui‑ci comme une « unité familiale », ne pourraient pas avoir droit à une pension alimentaire. Pour une telle personne, la faculté qu’ont les parties, selon le procureur général, de choisir de se marier ou de s’unir civilement, n’en est pas vraiment une. La notion d’« obligation mutuelle » comme fondement non compensatoire de l’obligation alimentaire doit inspirer les législateurs dans la recherche de moyens susceptibles de favoriser l’autonomie des parties tout en portant atteinte aussi peu que raisonnablement possible au droit aux aliments lui‑même. L’exclusion totale du droit aux aliments ne profite qu’au conjoint de fait qui veut échapper à l’obligation alimentaire, et elle porte atteinte de façon disproportionnée aux intérêts des ex‑conjoints de fait dépendants et vulnérables.

 *La* juge Abella : La restriction du droit garanti par le par. 15(1) n’est pas justifiée suivant l’article premier, car elle ne respecte pas les exigences relatives à l’atteinte minimale et à la proportionnalité de l’analyse établie dans l’arrêt *Oakes*. L’exclusion des conjoints de fait du bénéfice des régimes relatifs au soutien alimentaire en faveur du conjoint et à la séparation des biens au Québec a constitué une décision de politique générale mûrement réfléchie. Cette décision a été débattue et réaffirmée à l’occasion des diverses réformes du droit de la famille qui se sont succédé depuis 1980. Cependant, l’ampleur des débats, des consultations et des efforts qui ont pu précéder l’adoption d’une mesure législative ne saurait immuniser celle‑ci contre le contrôle de sa constitutionnalité. L’élément le plus important est le choix législatif qui en résulte. Ni le processus de délibération suivi ni la popularité de la mesure ne suffisent pour démontrer le respect des exigences de la Constitution.

 Il est impossible d’affirmer que l’exclusion totale des conjoints de fait porte atteinte de façon minimale à leur droit à l’égalité. La Cour est généralement réticente à faire montre de déférence à l’endroit du législateur dans les cas d’exclusion totale des demandeurs du bénéfice d’un régime établi par la loi. Cette aversion pour les exclusions complètes n’est pas surprenante, car l’État est tenu, à l’étape de l’examen fondé sur l’article premier, d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace. Il sera difficile de se décharger d’un tel fardeau dans les cas où, comme en l’espèce, un groupe est entièrement privé de l’accès à un régime réparateur. Le système actuel d’*adhésion volontaire* aux mesures de protection peut fort bien convenir à certains conjoints de fait qui, au début de leur union, jouissent d’une sécurité financière suffisante, sont adéquatement renseignés sur le plan juridique et entendent éviter les conséquences d’une union plus formelle. Mais leur capacité de choisir librement peut être protégée de façon tout aussi efficace par un régime assorti d’un mécanisme de *retrait*. Toutefois, les besoins des personnes financièrement vulnérables vivant en unions de fait ne requièrent pas moins de mesures de protection applicables de manière présumée que ceux des personnes dans la même situation vivant au sein d’unions plus formelles. La preuve révèle que, tout simplement, bon nombre de conjoints de fait ne pensent pas à l’éventualité d’une séparation. Cette méconnaissance illustre bien le mérite relatif d’un régime établissant une présomption de protection en faveur de ces personnes, que celles‑ci connaissent ou non leurs droits juridiques, tout en laissant aux conjoints de fait qui désirent s’en prévaloir la liberté de choisir de ne pas être protégés. Une autre lacune du régime actuel fondé sur l’adhésion volontaire est le fait qu’il ne reconnaît pas que la décision de se marier formellement est une décision mutuelle et complexe, suivant l’arrêt *Miron*. Lorsqu’un membre du couple refuse de se marier ou de s’unir civilement, il prive ainsi l’autre du bénéfice d’un soutien financier nécessaire lorsque la relation prend fin.

 Toutes les autres provinces ont élargi aux conjoints non mariés le bénéfice du soutien alimentaire en faveur du conjoint. Chaque législateur a fixé la période minimale pendant laquelle les couples doivent cohabiter avant d’être assujettis à celui‑ci, et il a préservé le libre choix des conjoints de fait en leur accordant une faculté de retrait. Certains ressorts ont étendu l’application des dispositions législatives sur le partage des biens aux conjoints non mariés. Ces régimes dont la protection s’applique de manière présumée et qui sont assortis d’un droit de *retrait* en faveur des conjoints de fait constituent des exemples de solutions de rechange propres à assurer aux conjoints financièrement vulnérables la protection dont ils ont besoin, sans compromettre l’objectif du législateur qui consiste à accorder la liberté de choisir aux conjoints de fait qui souhaitent s’en prévaloir. Ultimement, c’est au législateur québécois qu’il appartient de choisir la façon de remédier à la violation de l’art. 15, et le Québec n’est pas tenu de reproduire le traitement réservé aux conjoints de fait par une autre province. L’examen de ces autres régimes peut être utile pour déterminer s’il *existe* un moyen moins attentatoire de réaliser l’objectif consistant à préserver la liberté de choisir, qui ne violerait pas le droit à l’égalité des conjoints de fait.

 Au Québec, les conjoints de fait ont le choix de conclure un contrat constatant certaines mesures de protection, de se marier et de bénéficier alors de l’ensemble des mesures de protection prévues par la loi ou encore de rester libres de quelque droit ou obligation réciproque que ce soit. Il est tout à fait possible pour le Québec de concevoir un régime qui offrirait toutes ces possibilités, sans enfreindre l’art. 15. Les conjoints qui connaissent leurs droits juridiques et qui choisiraient de ne pas se marier afin d’éviter d’être assujettis aux régimes relatifs au soutien alimentaire et au partage des biens en vigueur au Québec seraient libres de se retirer du régime de protection présumée. Cependant, le fait de modifier la situation applicable *par défaut* aux conjoints de fait, pour qu’ils aient droit à une certaine forme de protection au titre du soutien alimentaire et du partage des biens, aurait pour effet de protéger les conjoints pour qui le choix entre les solutions susmentionnées est illusoire et qui se retrouveraient dans une situation financièrement vulnérable à la fin de la relation.

 L’effet préjudiciable de l’exclusion de tous les conjoints de fait, qui représentent plus du tiers des couples au Québec, du bénéfice de la protection des régimes applicables en matière de soutien alimentaire en faveur du conjoint et de biens familiaux est profond. En raison de cette exclusion, les conjoints de fait susceptibles d’être vulnérables se voient contraints, contrairement aux conjoints également susceptibles d’être vulnérables mais vivant au sein d’unions formelles, de consacrer temps, efforts et argent pour tenter d’obtenir une forme ou une autre d’assistance financière. Le conjoint vulnérable qui ne fait pas ces démarches, soit par absence de connaissances ou par manque de ressources, soit parce que les solutions qui lui sont ouvertes sont limitées par un conjoint non coopératif, demeurera sans protection. En cas de rupture, les conséquences pour un tel conjoint vulnérable peuvent s’avérer catastrophiques, comme c’est le cas pour les conjoints financièrement dépendants vivant au sein d’unions formelles. La différence tient à ce que les seconds ont d’office accès à de possibles réparations financières. Les conjoints de fait n’ont pour leur part pas accès à ces possibilités. Par contre, l’effet bénéfique de l’exclusion est qu’elle préserve la liberté des conjoints de fait de choisir ne pas vivre dans une union formelle. Ceux pour qui l’union de fait constitue véritablement un moyen de conserver leur indépendance économique pourraient toujours parvenir à ce résultat en se retirant du champ d’application du régime. Comme l’effet bénéfique de l’exclusion peut être réalisé sans qu’il soit porté atteinte d’aucune façon à la liberté de choisir des conjoints de fait, on ne saurait affirmer qu’il l’emporte sur l’effet préjudiciable grave subi par les conjoints de fait financièrement vulnérables en raison de leur exclusion du bénéfice du régime relatif au soutien alimentaire en faveur du conjoint et du régime relatif aux biens familiaux.

**Jurisprudence**

Citée par le juge LeBel

 **Arrêts appliqués :** *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Nouvelle‑Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; **distinction d’avec l’arrêt :** *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; **arrêts analysés :** *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; **arrêts mentionnés :** *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *M.T. c. J.‑Y.T.*, 2008 CSC 50, [2008] 2 R.C.S. 781; *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *G.B. c. C.C.*, [2001] R.J.Q. 1435; *Couture c. Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047, autorisation d’appel refusée, [2002] 3 R.C.S. vii; *Ponton c. Dubé*, 2005 QCCA 413 (CanLII); *Bourbonnais c. Pratt*, 2006 QCCS 5611, [2007] R.D.F. 124; *M.B. c. L.L.*, [2003] R.D.F. 539; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *Benzina c. Le*, 2008 QCCA 803 (CanLII); *Barrette c. Falardeau*, 2010 QCCA 989 (CanLII); *C.L. c. J.Le.*, 2010 QCCA 2370 (CanLII); *Droit de la famille — 121120*, 2012 QCCA 909 (CanLII); *Blencoe c. Colombie‑Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie‑Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Eldridge c. Colombie‑Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l’enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *Trociuk c. Colombie‑Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458.

Citée par la juge Abella

 **Arrêts appliqués :** *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; **arrêt non suivi :** *Nouvelle‑Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; **arrêt analysé :** *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; **arrêts mentionnés :** *Québec (Procureure générale) c. B.T.*, 2005 QCCA 748, [2005] R.D.F. 709; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183; *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons‑Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Nouvelle‑Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *RJR‑MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Eldridge c. Colombie‑Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Tétreault‑Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Citée par la juge Deschamps

 **Arrêt non suivi :** *Nouvelle‑Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; **arrêts mentionnés :** *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Citée par la juge en chef McLachlin

 **Arrêt non suivi :** *Nouvelle‑Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; **arrêts mentionnés :** *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *RJR‑MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15.

*Code civil du Bas Canada*, art. 173, 768, 1056.

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 15, 264, 266, 269, 391, 392, 394, 395, 396, 401 à 430, 404, 409, 410, 414 et suiv., 416, 419, 423, 427 et suiv., 431, 432 et suiv., 433, 438, 448 à 484, 461, 467, 485, 486, 487, 492, 507, 511, 512, 516, 521.1, 521.6, 521.8, 521.12, 521.13, 521.17, 522, 585 à 596.1, 587, 597 et suiv., 604, 653 et suiv., 655, 1030, 1493 à 1496, 1818, 1819, 1938, 1958, 2380, 2419.

*Code civil du Québec* [ad. L.Q. 1980, ch. 39, art. 1], art. 633.

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C‑25, art. 553.

*Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, ch. D‑14.

*Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F‑2.

*Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F‑2.1.

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

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

*Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., ch. D‑15.1.

*Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, ch. 77.

*Loi corrective (relations domestiques) de 2001 (no 2)*, S.S. 2001, ch. 51.

*Loi d’interprétation*, L.R.Q., ch. I‑16, art. 61.1.

*Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales*, S.S. 1977, ch. F-6.2.

*Loi instituant l’union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, ch. 6, art. 143.

*Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, ch. 39.

*Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, ch. 14.

*Loi modifiant le Code civil du Québec et d’autres dispositions législatives afin de favoriser 1’égalité économique des époux*, L.Q. 1989, ch. 55.

*Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, S.Q. 1931, ch. 101, art. 27.

*Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, L.Q. 2004, ch. 23, art. 7.

*Loi sur l’aide aux personnes et aux familles*, L.R.Q., ch. A‑13.1.1.

*Loi sur l’aide financière aux études*, L.R.Q., ch. A‑13.3.

*Loi sur l’aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, L.R.Q., ch. A‑14.

*Loi sur l’assurance automobile*, L.R.Q., ch. A‑25.

*Loi sur l’obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20.

*Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, ch. 66.

*Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., ch. T‑0.1.

*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 15.2.

*Loi sur le divorce*, S.C. 1967‑1968, ch. 24.

*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3.

*Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.‑O. 1997, ch. 18.

*Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, ch. 33.

*Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., ch. R‑9.

*Loi sur le régime de retraite de certains enseignants*, L.R.Q., ch. R‑9.1.

*Loi sur le régime de retraite des agents de la paix en services correctionnels*, L.R.Q., ch. R‑9.2.

*Loi sur le régime de retraite des élus municipaux*, L.R.Q., ch. R‑9.3.

*Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q., ch. R‑10.

*Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., ch. R‑11.

*Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., ch. R‑12.

*Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q., ch. A‑3.

*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A‑3.001.

*Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218.

*Loi sur les assurances*, L.R.Q., ch. A‑32.

*Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*, L.M. 2002, ch. 48.

*Loi sur les conditions de travail et le régime de retraite des membres de l’Assemblée nationale*, L.R.Q., ch. C‑52.1.

*Loi sur les coopératives*, L.R.Q., ch. C‑67.2.

*Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., ch. C‑67.3.

*Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., ch. E‑2.3.

*Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I‑3.

*Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N‑1.1.

*Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., ch. R‑15.1.

*Loi sur les services à la famille*, L.N.‑B. 1980, ch. F‑2.2.

*Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d’épargne*, L.R.Q., ch. S‑29.01.

*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T‑16.

*Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 52(1).

*Maintenance Enforcement Act*, S.N.S. 1994‑1995, ch. 6, art. 2e).

*Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 2g), « *spouse* ».

*Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 494.

**Doctrine et autres documents cités**

Bala, Nicholas. « Controversy Over Couples in Canada : The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships » (2003), 29 *Queen’s L.J.* 41.

Barak, Aharon. *Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations*, trans. by Doron Kalir. Cambridge : Cambridge University Press, 2012.

Baudouin, Jean‑Louis. « Examen critique de la situation juridique de l’enfant naturel » (1966), 12 *R.D. McGill* 157.

Baudouin, Jean‑Louis, et Pierre‑Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6e éd. par Pierre‑Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.

Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. « Breaking the *Law*’s Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33.

British Columbia Law Institute. *Report on Recognition of Spousal and Family Status*. Vancouver : The Institute, 1998.

Brodsky, Gwen. « Case Comment : *Gosselin* v. *Quebec (Attorney General)* : Autonomy with a Vengeance » (2003), 15 *R.F.D.* 194.

Burman, Danielle. « 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.

Cameron, B. Jamie. « A Work in Progress : The Supreme Court and the *Charter*’s Equation of Rights and Limits », in Debra M. McAllister and Adam M. Dodek, eds., *The Charter at Twenty : Law and Practice 2002*. Toronto : Ontario Bar Association, 2002, 31.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 12. *Les divorcés et leur soutien*. Ottawa : Information Canada, 1975.

Canada. Commission de réforme du droit. *Études sur le droit des biens de la famille*. Ottawa : Information Canada, 1975.

Caparros, Ernest. « Le patrimoine familial : une qualification difficile » (1994), 25 *R.G.D.* 251.

Caparros, Ernest. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1988.

Colombie‑Britannique. Royal Commission on Family and Children’s Law. *Family Maintenance*. Vancouver : The Commission, 1975.

Comtois, Roger. *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*. Montréal : Recueil de droit et de jurisprudence, 1964.

Cossette, André. « Le concubinage au Québec » (1985), 88 *R. du N.* 42.

D.‑Castelli, Mireille, et Dominique Goubau. *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd. Saint‑Nicholas, Qué. : Presses de l’Université Laval, 2005.

Deleury, Edith, et Marlène Cano.  « Le concubinage au Québec et dans l’ensemble du Canada : Deux systèmes juridiques, deux approches », dans Jacqueline Rubellin‑Devichi, dir., *Des concubinages dans le monde*. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1990, 85.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1977.

Goubau, Dominique. « La conjugalité en droit privé : comment concilier “autonomie” et “protection”? », dans Pierre‑Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 153.

Goubau, Dominique, Ghislain Otis et David Robitaille. « La spécificité patrimoniale de l’union de fait : le libre choix et ses “dommages collatéraux” » (2003), 44 *C. de D.* 3.

Greschner, Donna. « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *R. études const.* 291.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2012, release 1).

Holland, Winifred. « Intimate Relationships in the New Millennium : The Assimilation of Marriage and Cohabitation? » (2000), 17 *Rev. can. d. fam.* 114.

Jarry, Jocelyne. *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal.*Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.

Koshan, Jennifer, and Jonnette Watson Hamilton. « Meaningless Mantra : Substantive Equality after *Withler* » (2011), 16 *R. études const.* 31.

Langevin, Louise. « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie » (2009), 54 *R.D. McGill* 697.

Leckey, Robert. « Chosen Discrimination » (2002), 18 *S.C.L.R.* (2d) 445.

Lefebvre, Brigitte. « L’évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans Pierre‑Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 3.

Manitoba. Commission de réforme du droit. *Reports on Family Law*, Part I — *The Support Obligation*, Report #23. Winnipeg : La Commission, 1976.

Massé, Sylvie. « Les régimes matrimoniaux au Canada — Analyse comparative des législations provinciales » (1985), 88 *R. du N.* 103.

McIntyre, Sheila. « Deference and Dominance : Equality Without Substance », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2006, 95.

Mignault, Pierre‑Basile. *Le droit civil canadien*, t. 6. Montréal : C. Théoret, 1902.

Moore, Benoît. « Culture et droit de la famille : de l’institution à l’autonomie individuelle » (2009), 54 *R.D. McGill* 257.

Moreau, Sophia. « *R. v. Kapp* : New Directions for Section 15 » (2008‑2009), 40 *R.D. Ottawa* 283.

Moreau, Sophia. « The Promise of *Law v. Canada* » (2007), 57 *U.T.L.J.* 415.

Moreau, Sophia R. « The Wrongs of Unequal Treatment » (2004), 54 *U.T.L.J.* 291.

Nouvelle‑Écosse. Law Reform Commission. *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*. Halifax : The Commission, 1997.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants under the Family Law Act*. Toronto : The Commission, 1993.

Ontario. Ministry of the Attorney General.  *Family Law Reform*. Toronto : The Ministry, 1976.

Pineau, Jean, et Danielle Burman. *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*. Montréal : Thémis, 1984.

Pineau, Jean, et Marie Pratte. *La famille*. Montréal : Thémis, 2006.

Proulx, Daniel. « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des institutions. *Journal des débats*, vol. 37, no 46, 2e sess., 36e lég., 12 février 2002, p. 4‑5.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 23, no 15, 6e sess., 31e lég., 4 décembre 1980, p. 608 et 663.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 30, no 125, 2e sess., 33e lég., 8 juin 1989, p. 6487, 6489 et 6497.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, no 197, 2e sess., 35e lég., 18 juin 1998, p. 12069‑12070.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 37, no 96, 2e sess., 36e lég., 7 mai 2002, p. 5816.

Québec. Assemblée nationale. Sous‑commission des institutions. *Journal des débats*, no22, 1re sess., 34e lég., 19 novembre 1991, p. 859.

Québec. Conseil du statut de la femme. *Mémoire du Conseil du statut de la femme présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints*. Québec : Le Conseil, 1988.

Québec. Conseil du statut de la femme. *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*. Québec : Le Conseil, 1979.

Québec. *Les droits économiques des conjoints*, par Herbert Marx et Monique Gagnon Tremblay. Sainte‑Foy, Qué. : Ministère de la Justice, 1988.

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur les régimes matrimoniaux*. Montréal : Éditeur officiel, 1968.

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I — *Projet du Code civil*. Québec : Éditeur officiel, 1978.

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II — *Commentaires*, t. 1. Québec : Éditeur officiel, 1978.

Réaume, Denise G. « Discrimination and Dignity » (2003), 63 *La. L. Rev.* 645.

Roy, Alain. « La charte de vie commune ou l’émergence d’une pratique réflexive du contrat conjugal » (2007), 41 *R.J.T.* 399.

Roy, Alain. « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe » (2006), 51 *R.D. McGill* 665.

Roy, Alain. *Le contrat de mariage réinventé : Perspectives socio‑juridiques pour une réforme*. Montréal : Thémis, 2002.

Roy, Alain. « Le régime juridique de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme », dans Pierre‑Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 165.

Ryder, Bruce, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence. « What’s *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions » (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103.

Saskatchewan. Law Reform Commission. « Common Law Relationships Under the Matrimonial Property Act », discussion paper, July 1997 (online : http://www.lawreformcommission.sk.ca/Commonlaw.pdf).

Senécal, Jean‑Pierre. *Droit de la famille québécois*, vol. 1 et 2. Brossard, Qué. : Publications CCH, 1985 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2012, envoi no 374).

Sylvestre, Jean. « Les accords entre concubins », [1981] 1 *C.P. du N.* 195.

Tarnopolsky, Walter Surma. *Discrimination and The Law in Canada*. Toronto : Richard De Boo, 1982.

Tétrault, Michel. *Droit de la famille*, vol. 1, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2010.

Tétrault, Michel. « L’union civile : j’me marie, j’me marie pas », dans Pierre‑Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 101.

*Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon Faribault. Montréal : Wilson et Lafleur, 1952.

Tremblay, Luc B. « Promoting Equality and Combating Discrimination Through Affirmative Action : The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm » (2012), 60 *Am. J. Comp. L.* 181.

Young, Margot. « Blissed Out : Section 15 at Twenty », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2006, 45.

Young, Margot. « Unequal to the Task : “Kapp”ing the Substantive Potential of Section 15 », in Sanda Rodgers and Sheila McIntyre, eds., *The Supreme Court of Canada and Social Justice : Commitment, Retrenchment or Retreat*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2010, 183.

 POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Beauregard, Dutil et Giroux), 2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259, [2010] R.D.F. 659, 89 R.F.L. (6th) 1, [2010] J.Q. no 11091 (QL), 2010 CarswellQue 11317, SOQUIJ AZ‑50685017, qui a confirmé en partie une décision de la juge Hallée, 2009 QCCS 3210, [2009] R.J.Q. 2070, [2009] R.D.F. 545, 67 R.F.L. (6th) 315, [2009] J.Q. no 7153 (QL), 2009 CarswellQue 6874, SOQUIJ AZ‑50566038. Pourvois du procureur général du Québec et de B accueillis, pourvoi de A rejeté, les juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis sont dissidents en partie quant au résultat et la juge Abella est dissidente quant au résultat.

 *Benoît Belleau* et *Hugo Jean*, pour l’appelant/intimé le procureur général du Québec.

 *Guy J. Pratte* et *Mark Phillips*, pour l’appelante/intimée A.

 *Pierre Bienvenu*, *Suzanne H. Pringle*, *Catherine Martel* et *Azim Hussain*, pour l’appelant/intimé B.

 *Gaétan Migneault*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau‑Brunswick.

 *Robert J. Normey*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

 *Jocelyn Verdon*, *Dominique Goubau* et *Mireille Pélissier‑Simard*, pour l’intervenante la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec.

 *Martha McCarthy* et *Johanne Elizabeth O’Hanlon*, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes.

 Le jugement des juges LeBel, Fish, Rothstein et Moladaver a été rendu par

 Le juge LeBel —

I.Introduction

1. Dans les présents pourvois, les parties soulèvent le problème de la validité de l’exclusion des conjoints de fait, des droits alimentaires et patrimoniaux accordés aux conjoints mariés ou en union civile. Cette exclusion viole-t-elle la garantie d’égalité établie par l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »)?
2. La Cour doit déterminer si les dispositions du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »), portant sur la résidence familiale (art. 401 et suiv.), le patrimoine familial (art. 414 et suiv.), la prestation compensatoire (art. 427 et suiv.), la société d’acquêts (art. 432 et suiv.) et l’obligation alimentaire entre conjoints (art. 585) portent atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, parce que leur application est limitée aux rapports juridiques privés des conjoints mariés et des conjoints unis civilement (voir art. 521.6 et 521.8 *C.c.Q.*).
3. La Cour doit ainsi décider si l’exclusion des conjoints de fait du champ d’application de ces dispositions est discriminatoire au sens du par. 15(1). Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que cette exclusion n’est pas discriminatoire au sens du par. 15(1) et ne porte donc pas atteinte à la garantie d’égalité prévue à l’art. 15 de la *Charte*.

II.Le litige

1. Les parties, Mme A et M. B, se rencontrent au pays natal de A en 1992. Cette dernière, alors âgée de 17 ans, vit chez ses parents et poursuit ses études secondaires. B, âgé de 32 ans, dirige une entreprise internationale importante. De 1992 à 1994, les parties voyagent ensemble à travers le monde plusieurs fois par année. B soutient A financièrement pour la poursuite de ses études. Au début de l’année 1995, les parties conviennent que A viendra vivre au Québec, où demeure B.
2. Une première rupture survient à la fin du mois de juillet 1995. Les parties se revoient à la période des Fêtes et, à nouveau, en février 1996. A devient alors enceinte d’un premier enfant. De leur union naissent trois enfants en 1996, 1999 et 2001. Pendant la vie commune, A n’occupe pas d’emploi. Elle accompagne régulièrement B dans ses voyages et ce dernier pourvoit à tous ses besoins et à ceux des enfants. A souhaite se marier, mais B lui répond qu’il ne croit pas à l’institution du mariage et qu’il envisagerait peut-être un mariage après 25 ans de vie commune. En 2002, les parties se séparent. Au total, leur vie commune a duré sept ans.
3. En février 2002, A dépose, en Cour supérieure du Québec, une « Requête pour garde d’enfants, pension alimentaire, somme globale, usage de la résidence familiale, provision pour frais et ordonnance intérimaire ». Elle joint à cette procédure un avis au procureur général du Québec de son intention de contester la constitutionnalité de plusieurs dispositions du *Code civil du Québec* afin d’obtenir, pour les conjoints de fait, le même régime juridique que celui prévu pour les conjoints mariés. Précisément, A réclame une pension alimentaire pour elle-même, une somme globale, le partage du patrimoine familial et du régime matrimonial légal de la société d’acquêts ainsi que la réserve de ses droits pour demander une prestation compensatoire. Une réclamation relativement à l’usage de la résidence familiale a été réglée par entente entre A et B.
4. La constitutionnalité des dispositions portant sur la garde d’enfants et sur l’obligation alimentaire pour enfants n’étant pas contestée, la Cour supérieure, le 16 mai 2006, ordonne la garde partagée des enfants entre les parties, puis accorde à A une pension alimentaire pour ces derniers de 34 260,24 $ par mois et une provision pour frais. La cour prononce en outre une série d’ordonnances imposant à B l’obligation d’assumer certains frais particuliers, notamment les frais de scolarité des enfants et les dépenses reliées à leurs activités parascolaires, les salaires de deux gardiennes, ainsi que la rémunération d’une cuisinière affectée au service de A. La cour ordonne également à B de continuer à payer tous les frais, taxes scolaires et municipales, les assurances habitation, ainsi que les frais d’entretien général et de rénovations nécessaires de la résidence où les parties ont convenu que demeurent A et les enfants. B reste propriétaire de cette résidence.
5. Les pourvois portent uniquement sur le volet constitutionnel du dossier et ne concernent que les dispositions du *Code civil du Québec* dont l’appelante soulève l’invalidité en vertu de l’art. 15 de la *Charte*. Le 16 juillet 2009, la juge Hallée de la Cour supérieure se prononce sur ces questions constitutionnelles. Elle conclut alors que les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit à l’égalité garanti au par. 15(1) et rejette les demandes de déclaration d’inconstitutionnalité présentées par A auxquelles s’étaient opposés B et le procureur général du Québec. A se pourvoit alors devant la Cour d’appel du Québec.
6. Le 3 novembre 2010, la Cour d’appel du Québec accueille en partie l’appel de A. La juge Dutil, avec le concours du juge Giroux, déclare inopérant l’art. 585 *C.c.Q.* portant sur l’obligation alimentaire entre conjoints parce que cet article contreviendrait de manière injustifiée au droit à l’égalité prévu au par. 15(1) de la *Charte*. La juge Dutil maintient toutefois la décision de la Cour supérieure quant à la constitutionnalité des dispositions portant sur la résidence familiale, le patrimoine familial, la prestation compensatoire et la société d’acquêts. À son avis, ces dispositions ne sont pas discriminatoires et ne portent donc pas atteinte au par. 15(1). De plus, la juge Dutil suspend la déclaration d’invalidité constitutionnelle de l’art. 585 pour une période de 12 mois, laissant ainsi au législateur québécois le temps de modifier la disposition afin de la rendre conforme à la *Charte*. Le juge Beauregard est dissident sur la question de la réparation appropriée. Il conclut à l’application immédiate de la déclaration d’inconstitutionnalité à l’égard des art. 511 et 585 *C.c.Q.*, pour que l’appelante bénéficie sans délai de l’obligation alimentaire entre conjoints.
7. Devant notre Cour, B et le procureur général du Québec interjettent appel de la décision de la Cour d’appel à l’égard de l’invalidation de l’art. 585 relatif à l’obligation alimentaire entre conjoints. De son côté, A porte également cette décision en appel. Elle attaque la confirmation de la validité constitutionnelle des dispositions du *Code civil* portant sur la résidence familiale, le patrimoine familial, la prestation compensatoire et la société d’acquêts. Pour la bonne compréhension des enjeux de ces pourvois, j’examinerai d’abord avec plus de précision les débats judiciaires qui se sont déroulés devant la Cour supérieure et la Cour d’appel du Québec.

III.Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2009 QCCS 3210, [2009] R.J.Q. 2070*

1. La juge Hallée est saisie de cette affaire par voie de requête fondée sur la *Charte*. Outre ses allégations fondées sur l’art. 15 de la *Charte*, A soumettait à l’origine certains moyens portant sur le partage des compétences constitutionnelles entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales à l’égard de la définition du mariage. La juge Hallée a rejeté l’ensemble de ces arguments et A les a abandonnés en appel. Devant notre Cour, seules les questions relatives à la garantie d’égalité prévue par la *Charte* sont encore en débat.
2. La juge Hallée rappelle d’abord la situation juridique des conjoints de fait au Québec. Elle note que les conjoints de fait ne possèdent aucun recours alimentaire l’un contre l’autre. Ils ne peuvent non plus partager le patrimoine familial et ne sont régis par aucun régime matrimonial légal. Toutefois, les conjoints de fait sont assimilés à des époux en matière d’assurance vie (art. 2419 *C.c.Q.*), de rentes (art. 2380 *C.c.Q.*) et de régimes de protection des personnes incapables ou vulnérables (art. 264, 266 et 269 *C.c.Q.*). L’article 15 *C.c.Q.* reconnaît aussi leur capacité d’agir en matière de consentement aux soins destinés à un majeur inapte. Par ailleurs, la juge mentionne que le législateur québécois a adopté plusieurs lois à caractère social ou fiscal (*Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., ch. R-9, *Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I-3, et autres) où il accorde aux conjoints de fait des avantages similaires à ceux dont bénéficient déjà les époux. Sous ces réserves, seul un contrat de cohabitation (contrat de vie commune) peut régir les droits des conjoints de fait. Les conjoints de fait peuvent notamment y prévoir une obligation alimentaire en cas de rupture.
3. La juge Hallée résume ensuite les éléments les plus pertinents des rapports d’experts produits par les parties. Bien qu’aucun expert n’ait été entendu lors du procès, certains d’entre eux furent interrogés hors cour. De ces expertises, elle retient l’importance croissante du phénomène des unions de fait dans la société québécoise moderne :

Après avoir fait une lecture attentive des différentes expertises, le Tribunal retient que le phénomène des unions de fait est grandissant au Québec. De 1981 à 2006, la proportion de couples vivant en union de fait est passée de 7,9 % à 34,6 %.

Le dernier recensement 2006 de Statistique Canada indique que 34,6 % des Québécois et Québécoises vivent en union de fait tandis qu’en moyenne, au Canada, 18,4 % des couples choisissent de vivre en union libre. Le Québec demeure ainsi largement en tête dans le nombre de couples vivant en union libre. De plus, selon l’Institut de la statistique du Québec, 60 % des enfants du Québec naissent hors mariage.

Certains experts voudraient donc voir le Législateur intervenir aux fins d’encadrer ces unions, tandis que d’autres estiment nécessaire la tenue d’études plus approfondies pour tirer des conclusions proprement dites de ce phénomène. [par. 59-61]

1. Puis, la juge Hallée rappelle que la Cour a adopté dans l’arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, un critère à deux volets pour conclure à l’existence d’une distinction discriminatoire au sens constitutionnel : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes?
2. La juge ajoute que l’état matrimonial est reconnu comme un motif analogue aux motifs de discrimination énumérés au par. 15(1). Elle rappelle également qu’il ne suffit pas de démontrer l’existence d’une distinction législative fondée sur un motif analogue pour conclure à la violation du par. 15(1). À cet égard, la jurisprudence oblige la requérante à prouver que la différence de traitement poursuit un objectif ou produit des effets réellement discriminatoires.
3. En l’espèce, la juge Hallée conclut que A n’a pas réussi à démontrer l’existence d’effets discriminatoires réels découlant de la distinction créée par les dispositions contestées entre les conjoints de fait et les conjoints mariés et que cette absence de preuve est fatale à son recours. Elle insiste sur les limites des expertises produites par les parties. Ces expertises indiqueraient dans l’ensemble que les familles mariées intactes bénéficient de conditions de vie plus favorables que celles des nouvelles formes de famille, sans toutefois faire l’étude de l’impact des dispositions contestées, notamment en cas de rupture. Sur la base de cette preuve, la juge constate que les conjoints de fait au Québec ne font l’objet d’« aucun désavantage stéréotypé ou préjugé ». Selon elle, « l’objectif du législateur, en conservant une distinction entre le mariage et l’union de fait, est de préserver le libre choix et de respecter la dignité et l’autonomie des conjoints de fait » (par. 222). Enfin, elle conclut que A n’a pas établi les effets concrets des distinctions entre conjoints de fait et époux tant durant la relation qu’au moment de la rupture de l’union conjugale.
4. La juge Hallée ne s’arrête toutefois pas à ces seuls commentaires. Elle prend également en compte la valeur précédentielle de l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325. Dans ce jugement, notre Cour a décidé que, dans le cas de la détermination des droits et obligations des conjoints de fait *entre eux*, le choix des conjoints de se marier ou de ne pas se marier devient le facteur le plus important pour l’application du par. 15(1) de la *Charte*. Comme les distinctions entre les droits et obligations des conjoints mariés et ceux des conjoints de fait reflètent les choix effectués par ces personnes, les conséquences de ces choix ne porteraient pas atteinte à l’art. 15. En somme, la juge Hallée estime que l’arrêt *Walsh* dispose entièrement des arguments constitutionnels de A fondés sur la *Charte*. À son avis, il ressort de l’arrêt *Walsh* que la possibilité laissée aux conjoints de fait de faire de semblables choix respecte l’objectif fondamental de l’art. 15 de la *Charte* :

Le Tribunal est d’avis qu’il s’agit ici de l’élément fondamental de l’arrêt *Walsh*. La décision d’instaurer un régime de protection identique, sans égard à l’état matrimonial choisi, ne relève dès lors pas des tribunaux, dans la mesure où le choix qui est fait par le législateur n’est pas discriminatoire. Il revient en effet au législateur de déterminer s’il est nécessaire d’imposer, en partie ou en totalité, un régime de protection universel et uniforme qui ne tient pas compte de l’état matrimonial des conjoints de fait. [par. 249]

1. La juge Hallée rejette alors la prétention de A selon laquelle l’arrêt *Walsh* se distingue du présent cas puisqu’il existait une obligation alimentaire entre conjoints de fait en Nouvelle-Écosse, alors que le droit québécois ne reconnaît pas cette obligation. Selon elle, l’existence d’une telle obligation en Nouvelle-Écosse ne constituait pas le fondement des motifs majoritaires dans *Walsh*. La juge Hallée estime que l’arrêt *Walsh* reflète plutôt l’importance fondamentale accordée à la liberté de choix. Or, ce dernier facteur s’applique aussi bien au Québec qu’en Nouvelle-Écosse. Les droits accordés aux couples mariés ne sont pas niés aux conjoints de fait. En effet, ceux-ci peuvent choisir d’en bénéficier sous différentes formes, en recourant notamment au régime de l’union civile ou par convention. Outre la liberté de choix, la juge Hallée déclare que d’autres facteurs contextuels appuient une conclusion d’absence de discrimination en l’espèce. Comme dans *Walsh*, la preuve démontre des distinctions entre les couples mariés et les conjoints de fait, ainsi qu’une grande hétérogénéité au sein du groupe composé de conjoints de fait. De plus, à l’instar de la loi en cause dans *Walsh*, l’historique législatif du *Code civil* démontre que le but poursuivi par le législateur, depuis 30 ans, consiste de façon constante et réfléchie à respecter le libre choix de chacun de se marier ou non. Elle conclut ainsi que la différence de traitement des conjoints de fait par rapport aux personnes mariées en regard de l’obligation alimentaire et de la répartition des biens, ne perpétue aucun préjugé et ne résulte pas de l’application de stéréotypes.
2. Pour l’ensemble de ces motifs, la juge Hallée rejette les conclusions constitutionnelles recherchées par A et reconnaît la validité constitutionnelle des dispositions du *Code civil du Québec* qu’elle attaque.

B. *Cour d’appel du Québec, 2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259*

(1) Opinion de la juge Dutil

1. La juge Dutil examine le pourvoi de A dans une opinion qui reçoit l’accord du juge Giroux. Elle estime d’abord que les questions principales soulevées par le pourvoi portent, d’une part, sur l’obligation alimentaire entre conjoints de fait et, d’autre part, sur le partage des biens lorsque survient une séparation, c’est-à-dire sur le droit au partage du patrimoine familial, à la protection de la résidence familiale, à la société d’acquêts et à la prestation compensatoire.
2. Selon la juge Dutil, la juge de première instance a eu raison de conclure que l’arrêt rendu par la Cour dans *Walsh* lie les tribunaux québécois en ce qui a trait au partage des biens entre conjoints de fait lors d’une séparation. Elle explique à ce propos :

En l’espèce, les dispositions contestées du C.C.Q*.* qui touchent le partage des biens règlent les rapports patrimoniaux entre conjoints mariés. Sur cette question, la Cour suprême exprime clairement l’opinion que la liberté de choix de se marier est primordiale. Or, bien qu’au Québec le législateur ait édicté que les dispositions du C.C.Q*.* sur les effets du mariage sont d’ordre public (art. 391 C.C.Q.), alors qu’en Nouvelle-Écosse les conjoints mariés peuvent choisir de ne pas être soumis à la MPA [*Matrimonial Property Act*], cela ne fait pas en sorte, à mon avis, de permettre de distinguer l’arrêt *Walsh* de la présente affaire sur cette question.

Le législateur québécois a abordé la question des statuts conjugaux et de l’union de fait à plusieurs reprises (1980, 1989, 1991, 1999, 2002) et a délibérément décidé de laisser le libre choix aux conjoints quant à la forme d’engagement qu’ils souhaitent. Si cette question doit être revisitée quant au partage des biens, ce sera à lui de le faire, à la lumière de l’évolution de la société, puisque la Cour suprême a jugé que son choix législatif sur cette question ne contrevenait pas à l’article 15 de la charte. [par. 59-60]

1. La juge Dutil se penche ensuite sur la question de l’obligation alimentaire comprise à l’art. 585 *C.c.Q.* Contrairement à la juge de première instance, la juge Dutil conclut que l’arrêt *Walsh* n’a pas l’autorité d’un précédent au sujet de l’obligation alimentaire entre conjoints. D’une part, elle rappelle qu’une obligation alimentaire entre conjoints de fait existait déjà dans le contexte législatif néo-écossais étudié par notre Cour dans *Walsh*. D’autre part, elle considère qu’une distinction importante existe entre l’obligation alimentaire et les dispositions prévoyant le partage des biens. Selon elle, « la pension alimentaire répond à des besoins de base et participe de la solidarité sociale, alors que le partage des biens a une origine contractuelle » (par. 68).
2. La juge Dutil recherche donc si l’art. 585 *C.c.Q.* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Appliquant la méthode d’analyse établie par notre Cour dans l’arrêt *Kapp*, elle conclut que le premier volet de l’analyse ne pose aucun problème, l’état matrimonial ayant été reconnu comme un motif de discrimination analogue à ceux énumérés au par. 15(1). Le débat porte donc sur le deuxième volet de l’analyse; c’est-à-dire, si la distinction crée un désavantage résultant de la perpétuation d’un préjugé ou de l’application de stéréotypes. Elle conclut qu’en omettant de mentionner les conjoints de fait à l’art. 585 *C.c.Q.*, le législateur crée un désavantage par l’application d’un stéréotype et l’expression d’un préjugé.
3. Bien qu’elle reconnaisse que les désavantages législatifs d’autrefois pour les conjoints de fait ont diminué et que l’union de fait est maintenant acceptable socialement, la juge Dutil conclut qu’« il n’en reste pas moins que l’omission par le législateur de les inclure à la protection qu’offre l’article 585 C.c.Q. perpétue le stéréotype que ces unions sont moins durables et sérieuses que celles dont la reconnaissance passe par un acte solennel, soit le mariage et l’union civile » (par. 98). Elle affirme que sa conclusion quant à l’existence d’un tel stéréotype repose sur l’opinion de la juge McLachlin dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, reprise par le juge Bastarache dans *Walsh*,au sujet du désavantage historique subi par les conjoints de fait. Elle se fonde également sur le fait qu’avant la réforme du droit de la famille de 1980, le « concubinage » était considéré comme un mode de vie condamnable. Elle ajoute que, lors de l’adoption du nouveau *Code civil*, le législateur aurait omis à dessein de traiter de l’union de fait dans les dispositions touchant la famille parce que, selon son opinion, elle ne présentait pas la même stabilité que le mariage. À cet effet, la juge s’appuie sur certains propos du ministre de la Justice du Québec tenus en septembre et en novembre 1991, lors de l’étude du projet de loi 125 sur le *C.c.Q.* en commission parlementaire. Enfin, malgré de nombreuses recommandations formulées par un comité interministériel chargé de se pencher sur la situation des conjoints de fait en 1996, le législateur québécois n’a adopté aucun projet de loi pour encadrer leurs rapports mutuels.
4. Selon la juge Dutil, le *Code civil* conserve d’autres signes des désavantages subis par les conjoints de fait. Ainsi, ils ne peuvent hériter de leur conjoint que par testament (art. 653 *C.c.Q.* et suiv.). Ils ne peuvent faire de donations de biens à venir (art. 1818 et 1819 *C.c.Q.*). Enfin, référant à l’arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, où la Cour explique qu’un des facteurs susceptibles de démontrer que la distinction porte atteinte à la dignité est la vulnérabilité dont souffre le groupe en question, la juge Dutil affirme que les conjoints de fait sont vulnérables, comme l’étaient les conjoints de même sexe. Selon elle, faute de leur rendre applicable l’obligation alimentaire prévue à l’art. 585, le législateur les considère comme moins dignes de la protection offerte aux conjoints mariés, même si les unions de fait peuvent présenter plusieurs similitudes avec les autres types d’union conjugale.
5. La juge Dutil rappelle les propos du juge Gonthier dans *Walsh*, où ce dernier a affirmé que l’obligation alimentaire a un objectif social important et différent du partage des biens. En disposant à l’art. 585 *C.c.Q.* que les conjoints et les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments, le législateur québécois reconnaît aussi que l’obligation alimentaire est d’une autre nature. Selon la juge Dutil, elle « ne découle [. . .] pas uniquement d’un engagement contractuel, il s’agit plutôt d’une obligation sociale envers les membres de la cellule familiale rapprochée » (par. 101). La cellule familiale québécoise actuelle comprend aussi celle formée par les conjoints de fait, et en les ignorant, le législateur québécois exclut plus du tiers des couples québécois de l’application d’une mesure de protection qui vise pourtant cette cellule familiale. La juge Dutil estime aussi que le critère retenu par le législateur pour reconnaître un droit à des aliments, soit la conclusion d’un mariage ou d’une union civile, ne tient pas compte de la réalité sociale. La raison d’être d’une obligation alimentaire entre ex-conjoints est de permettre que la personne en situation de dépendance économique, à la suite de la rupture d’une union conjugale, puisse obtenir un soutien alimentaire d’un ex-conjoint capable de le payer. Que le couple ait vécu en union de fait, en union civile ou dans le cadre d’un mariage ne change rien aux besoins alimentaires d’un des ex-conjoints lorsque survient une séparation.
6. La juge Dutil souligne plutôt que les unions de fait d’une certaine durée et desquelles naissent des enfants présentent une forte similitude avec les mariages. Enfin, elle ne partage pas l’opinion de la juge de première instance selon laquelle l’absence de preuve sur les effets concrets de la distinction entre les conjoints de fait et les conjoints mariés est fatale au recours de A. Elle renvoie à cet égard à l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, où notre Cour affirme qu’il sera souvent évident au vu de la connaissance d’office et du raisonnement logique qu’une distinction est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. À son avis, la juge Hallée aurait donc dû prendre connaissance d’office des effets concrets qu’entraîne la distinction faite par le législateur entre les conjoints de fait et les conjoints mariés. Elle conclut que la différence de traitement imposée par le législateur québécois entre les conjoints de fait, d’une part, et les conjoints mariés ou unis civilement, d’autre part, en ce qui concerne l’obligation alimentaire, entraîne des effets réels sur les conjoints de fait. Plus précisément, selon elle, l’art. 585 *C.c.Q.* exclut certaines personnes d’un droit pourtant fondamental, soit la capacité de subvenir à ses besoins financiers de base après une rupture, puisque ces personnes ne peuvent demander des aliments à un ex-conjoint après une séparation. Cette exclusion existe sans égard à la durée de l’union, à la naissance d’enfants ou à la création d’une situation de dépendance économique.
7. Ayant conclu, à la lumière de certains facteurs contextuels, au caractère discriminatoire de l’exclusion des conjoints de fait de l’art. 585 *C.c.Q.*, la juge Dutil estime que cette disposition législative n’est pas justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. Dès lors, la juge Dutil décide qu’une déclaration d’invalidité de l’art. 585 *C.c.Q.*, suspendue pour une période de 12 mois, sans exemption pour A, constitue la réparation constitutionnelle appropriée en l’espèce.

(2) Opinion du juge Beauregard

1. Le juge Beauregard se déclare également d’avis qu’en raison de leur exclusion du droit à des aliments après une séparation, les conjoints de fait au Québec font l’objet d’un traitement discriminatoire en violation du par. 15(1) de la *Charte* qui n’est pas justifié en vertu de l’article premier.
2. Cependant, le juge Beauregard exprime son désaccord avec la conclusion de la juge Dutil quant à la réparation appropriée, puisque de nombreux conjoints de fait se trouveront privés de pension alimentaire pendant la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité de l’art. 585 *C.c.Q.* Pour éviter ce résultat, il ordonne que les art. 585 et 511 *C.c.Q.*, prévoyant d’une part l’obligation alimentaire et d’autre part la possibilité pour un tribunal d’ordonner le versement d’aliments lors de la séparation de corps, soient interprétés immédiatement comme incluant les conjoints de fait.

IV.Analyse

A. *Les questions en litige*

1. Suite aux pourvois des parties devant notre Cour, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

 1. Les articles 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

 2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

1. A ajoute la question suivante au sujet de l’application immédiate d’une déclaration d’inconstitutionnalité :

 3. La Cour d’appel a-t-elle erré, à la majorité, dans le choix de la réparation, notamment, d’une part, en ne faisant pas bénéficier immédiatement l’ensemble des Québécois et Québécoises d’une réparation corrigeant de manière immédiate l’invalidité inconstitutionnelle en cause et, d’autre part, quant à la question de la réparation individuelle de la demanderesse?

1. L’examen de la conformité des dispositions du *Code civil* relatives aux rapports entre conjoints à la garantie d’égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte* requiert l’étude de certaines questions rattachées à ce problème principal. En premier lieu, je rappellerai dans ces motifs l’évolution de l’encadrement des rapports juridiques entre conjoints au Québec, la politique législative du Québec au sujet de la distinction établie entre les conjoints mariés ou unis civilement et les conjoints de fait, ainsi que l’évolution de l’union de fait dans la société québécoise. En deuxième lieu, j’exposerai la nature et la mise en œuvre du droit à l’égalité. Puis, en troisième lieu, j’étudierai la nature et la portée précédentielle de l’arrêt *Walsh*. Enfin, je passerai à l’étude des questions constitutionnelles soulevées par les parties.

B. *Les positions des parties*

(1) A

1. A considère que la Cour d’appel a invalidé à bon droit l’art. 585 *C.c.Q.* concernant l’obligation alimentaire entre conjoints au motif que cette disposition porterait atteinte au par. 15(1) de la *Charte* de manière injustifiée. A plaide aussi que la Cour d’appel s’est trompée en concluant que les dispositions prévoyant le partage des biens ne contreviennent pas au par. 15(1). Selon elle, tant les dispositions relatives au partage des biens que celle prévoyant l’obligation alimentaire entre conjoints portent atteinte de manière injustifiée à la garantie d’égalité du par. 15(1).
2. A ajoute que l’application du raisonnement de l’arrêt *Walsh* aux dispositions sur le partage des biens constituait une erreur. En effet, elle estime que le régime québécois diffère du régime néo-écossais évalué par la Cour dans *Walsh* et que cet arrêt ne règle pas les questions en litige dans la présente affaire. Elle remet d’ailleurs en cause sa valeur précédentielle.
3. De plus, A soutient que la théorie du libre choix, du consensualisme ou de l’autonomie de la volonté mise de l’avant par le procureur général et par B pour défendre la validité constitutionnelle des dispositions du *Code civil* qu’elle conteste est inexacte dans les faits. Dès lors, notre Cour ne saurait permettre à un législateur de justifier un traitement discriminatoire en vertu d’une théorie sans lien avec la réalité vécue par les personnes visées. Une telle méthode favoriserait la reconnaissance de distinctions fondées sur des préjugés et soustrairait le législateur à l’obligation d’assurer l’égalité réelle promise par l’art. 15 de la *Charte*. A affirme que l’exclusion des conjoints de fait des protections du *Code civil* consacrées à la famille, tant sur le plan du partage des biens que sur celui de l’obligation alimentaire, ne tient pas compte de leur véritable situation et de leurs besoins.
4. En somme, A plaide qu’il appartenait au procureur général de défendre la législation, en démontrant qu’elle n’est pas fondée sur des préjugés ou des stéréotypes. Or, à son avis, loin de combattre des stéréotypes, le procureur général et B s’en réclament et en font la base de leur argumentation.
5. D’après A, la réparation appropriée en l’espèce devrait consister dans l’interprétation large par cette Cour des dispositions contestées, pour y inclure les conjoints de fait. Il faudrait ensuite renvoyer son dossier à la Cour supérieure afin que celle-ci puisse fixer le montant et la durée de la pension alimentaire qui lui est due et procéder au partage des biens des parties.

(2) Procureur général du Québec

1. Le procureur général du Québec considère que la Cour d’appel n’a pas commis d’erreur en concluant que les dispositions prévoyant le partage des biens ne contreviennent pas au par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, le procureur général allègue que la Cour d’appel a erré en invalidant l’art. 585 *C.c.Q.* relatif à l’obligation alimentaire entre conjoints au motif que cette disposition porterait atteinte au par. 15(1) de manière injustifiée. Selon lui, ni les dispositions relatives au partage des biens ni celle prévoyant l’obligation alimentaire entre conjoints ne violent la garantie d’égalité établie par le par. 15(1).
2. Le procureur général soutient qu’au regard de la preuve et conformément aux motifs énoncés par notre Cour dans l’arrêt *Walsh*, le non-assujettissement des conjoints de fait aux dispositions contestées du *Code civil* n’est pas discriminatoire. En effet, il ne crée pas, selon lui, un désavantage résultant de la perpétuation d’un préjugé ou de l’application de stéréotypes. De l’avis du procureur général, les motifs et les principes énoncés par la majorité dans *Walsh* s’appliquent à l’ensemble des dispositions législatives contestées, y compris l’obligation alimentaire entre époux. Suivant son argumentation, toute autre conclusion serait illogique et contradictoire. Car, s’il en allait autrement, le fait que le législateur respecte, dans le *Code civil*, la liberté de choix des partenaires de se marier ou non serait interprété comme un choix législatif ne reposant pas sur des stéréotypes ou sur des préjugés à l’égard de l’union libre lorsqu’il s’agit du régime matrimonial et du partage des biens. Par contre, ce même choix législatif serait considéré comme vicié par des stéréotypes ou des préjugés à l’égard de l’union libre, lorsqu’il s’agit de l’obligation alimentaire.
3. Selon le procureur général, l’objectif recherché par le législateur québécois tant à l’égard de l’obligation alimentaire qu’à l’égard du patrimoine des conjoints demeure le même que celui poursuivi par le législateur de la Nouvelle-Écosse dans *Walsh*: le respect de l’autonomie individuelle. Autrement dit, tant à l’égard de l’obligation alimentaire entre époux qu’à l’égard des biens patrimoniaux, l’exclusion des conjoints de fait vise à respecter la liberté de choix de chaque personne de se marier ou non et, par le fait même, d’adhérer ou non au régime législatif du mariage et aux conséquences juridiques spécifiques qui en découlent. D’après le procureur général, la distinction entre les personnes mariées ou unies civilement et les conjoints de fait s’explique par le fait que les premières ont choisi de conclure un engagement dont la nature emporte juridiquement un certain nombre de droits et d’obligations, tandis que les seconds n’ont pris aucune mesure de cet ordre. Dans le cadre du régime québécois, la décision de faire vie commune ne suffit pas à démontrer une intention de prendre des engagements de ce type.
4. En somme, l’extension de la portée des dispositions du *Code civil* sur les droits et obligations du mariage, y compris l’obligation alimentaire, pour y inclure les personnes en union de fait représente, selon le procureur général, un choix de société qui relève du domaine politique et non judiciaire. Cependant, si la Cour devait conclure que certaines des dispositions contestées portent atteinte de manière injustifiée à l’art. 15, le procureur général s’oppose à la solution d’une interprétation large et favorise la suspension de la déclaration d’invalidité pour permettre au législateur de corriger le vice constitutionnel. Il s’oppose également à une réparation individuelle en faveur de A durant une période de suspension d’une déclaration d’invalidité.

 (3) B

1. B adopte la position du procureur général quant à la validité du régime législatif québécois et quant au choix de la réparation que la Cour devrait privilégier si elle devait conclure comme le propose A au sujet des questions constitutionnelles.
2. B plaide aussi que la preuve administrée en Cour supérieure, la jurisprudence déterminante de notre Cour portant sur la discrimination fondée sur l’état matrimonial et une analyse des facteurs contextuels pertinents imposent la conclusion que les distinctions attaquées opérées par le droit québécois entre l’union de fait et le mariage ou l’union civile ne sont pas discriminatoires. En effet, ces distinctions ne perpétuent aucun préjugé et ne reposent pas sur l’application de stéréotypes. De plus, selon B, les principes de l’arrêt *Walsh* s’appliquent directement en l’espèce et la Cour d’appel a erré en les écartant à propos de l’obligation alimentaire.
3. B rappelle qu’à leur façon et pour des motifs qui leur sont propres, A et B ont choisi de vivre ensemble en marge de l’institution du mariage. B n’a jamais voulu adhérer à cette institution, pour des raisons profondément personnelles. Quant à A, elle a choisi de vivre en relation conjugale avec B sans faire du mariage une condition préalable à cette cohabitation.

(4) Les intervenants

1. Devant notre Cour, quatre intervenants ont fait connaître leur position quant au litige constitutionnel.
2. Bien que le Nouveau-Brunswick ait créé un recours alimentaire entre conjoints de fait, la procureure générale de cette province estime que le respect de la liberté de choix reconnu par la Cour dans *Walsh* s’impose tant à l’égard des dispositions concernant le partage des biens qu’à l’égard de celles prévoyant l’obligation alimentaire entre conjoints. Selon elle, la liberté de choix caractérise le type d’union contractée; il n’y a donc pas lieu de distinguer les obligations de soutien alimentaire de celles relatives au partage des biens dans le cas des unions libres.
3. De son côté, le procureur général de l’Alberta, dont la province reconnaît également une obligation alimentaire entre conjoints de fait, limite son intervention aux dispositions concernant le partage des biens. Selon lui, la Cour a adéquatement disposé de la question en jeu dans l’arrêt *Walsh*, en soulignant l’importance du facteur de la liberté de choix dans l’analyse requise sous l’art. 15 de la *Charte*.
4. Adoptant certains des arguments mis de l’avant par A, le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes soutient que les relations conjugales sont marquées par l’inégalité entre les sexes. Dès lors, la Cour devrait tenir compte de ces inégalités lors de son évaluation du caractère discriminatoire des dispositions législatives contestées. Enfin, cet intervenant demande que les conjoints de fait bénéficient de l’application des articles du *Code civil* concernant l’obligation alimentaire ainsi que le partage des biens.
5. D’une manière analogue, la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec appuie les arguments de A au sujet de l’atteinte au droit à l’égalité causée par l’exclusion des conjoints de fait de l’art. 585 prévoyant l’obligation alimentaire. En désaccord avec l’importance attachée par le procureur général et par B à la liberté de choix, elle conteste le bien-fondé de ce facteur. De plus, selon la Fédération, tout comme dans le cas de l’obligation alimentaire, l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice des dispositions concernant la protection de la résidence familiale est discriminatoire à leur égard et ne peut être justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. La Fédération plaide également que notre Cour devrait prendre en considération l’impact sur les enfants de la discrimination subie par les parents.

C. *L’évolution de l’encadrement des rapports juridiques entre conjoints depuis 1980 au Québec*

1. Le cœur du litige en l’espèce se retrouve dans l’exclusion des conjoints de fait du champ d’application de certaines dispositions du *Code civil du Québec* qui ont pour effet de moduler les rapports juridiques entre les conjoints. Pour déterminer si ces dispositions ont un caractère discriminatoire, il est nécessaire de les étudier dans leur contexte historique et législatif pertinent. Dans ce but, j’examinerai l’encadrement des rapports juridiques entre conjoints au Québec, la politique législative québécoise quant à la distinction entre les conjoints de fait et les conjoints mariés ou en union civile ainsi que l’évolution de l’union de fait dans la société québécoise.

(1) Les conjoints mariés

a) *Rappel historique de la situation des conjoints mariés et développement du cadre juridique de leurs rapports*

1. L’examen de la situation des conjoints de fait exige, au départ, l’étude des régimes matrimoniaux établis pour les époux légalement mariés en droit civil. Après l’adoption, en 1866, du *Code civil du Bas Canada* (« *C.c.B.C.* »), le législateur offrait aux époux, lors de leur mariage, le choix entre deux régimes matrimoniaux principaux, la communauté de biens et la séparation de biens. À l’origine, en vertu du *Code* de 1866, le choix fait au moment du mariage était irrévocable pendant toute la durée du mariage.
2. Le régime matrimonial légal, c’est-à-dire le régime qui s’appliquait lorsque les époux n’avaient pas conclu de contrat de mariage choisissant un autre régime, était celui de la communauté de meubles et acquêts (« communauté de biens »). La communauté de biens était administrée par l’époux. « [L]e régime s’orchestre autour de la suprématie du mari, [. . .] le chef de la communauté » : B. Lefebvre, « L’évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans P.-C. Lafond et B. Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle* (2003), 3, p. 11. En 1931, pour accorder un peu d’autonomie à l’épouse vis-à-vis de son mari, le législateur crée la catégorie des « biens réservés » de la femme, constituée des biens acquis par son travail à l’extérieur du ménage et sur lesquels elle conserve certains pouvoirs d’administration : *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, S.Q. 1931, ch. 101, art. 27. Le *Code civil du Bas Canada* prévoit alors qu’à sa dissolution, la communauté, incluant les biens réservés de la femme, est partagée en parts égales entre les époux. Si l’épouse renonce au partage, elle ne conserve que ses biens réservés.
3. Alternativement, les époux peuvent conclure devant un notaire un contrat de mariage établissant un régime de séparation de biens. Ce régime se caractérise par l’absence de masse commune de biens créée pendant le mariage. Ainsi, pour les époux se soustrayant à la communauté de biens, aucun partage n’a lieu à la dissolution; ils conservent alors leur patrimoine respectif. De plus, le *Code civil du Bas Canada* permettait des stipulations variées susceptibles de modifier la portée des régimes. Néanmoins, le choix fondamental demeurait l’option entre la séparation de biens et la communauté de biens.
4. Des tendances nouvelles commencent à apparaître à partir des années 1930 dans la mise en œuvre des régimes matrimoniaux. Les femmes, bien que n’occupant, pour la très grande majorité, aucun emploi rémunéré à l’extérieur du foyer leur permettant d’accumuler des biens, adoptent de plus en plus le régime conventionnel de séparation de biens. Dès 1932, 43 % des couples choisissent la séparation de biens; ce pourcentage atteint 70 % en 1970 : A. Roy, *Le contrat de mariage réinventé : Perspectives socio-juridiques pour une réforme* (2002), p. 58-62; J. Pineau et D. Burman, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux* (1984), p. 123. De ce fait, en cas de séparation de corps, ou plus rarement, en cas de divorce, les épouses ayant choisi le régime de la séparation de biens et n’ayant vraisemblablement accumulé aucun patrimoine puisqu’elles ne travaillaient pas à l’extérieur du foyer, ne bénéficient d’aucun droit au partage des biens dont leur époux est propriétaire.
5. Plusieurs raisons sont mises de l’avant pour expliquer ce phénomène à première vue surprenant que représente la progression de la séparation de biens durant cette période. On invoque notamment le rejet du caractère patriarcal de la communauté de biens, l’incompatibilité de ce régime avec la capacité juridique nouvellement acquise par les femmes, le risque que la communauté représente en cas de faillite et, plus généralement, l’absence d’accès à une procédure efficace de divorce.
6. Pour de nombreux commentateurs, cette évolution s’expliquait par une réaction à l’absence de pouvoir des épouses au sein de la communauté de biens. Comme le régime de séparation de biens reconnaît à l’épouse quelques pouvoirs d’administration sur son patrimoine, il paraît alors garant de plus d’autonomie que dans le cas de la communauté : voir notamment M. Tétrault, *Droit de la famille* (4e éd. 2010), vol. 1, p. 562; D. 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, p. 151-152 et 155.
7. D’autre part, à la suite de l’entrée en vigueur de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, ch. 66, les épouses obtenaient la capacité juridique de disposer librement de leurs biens et de poser à leur égard les mêmes actes qu’une personne majeure. La notion de « puissance maritale » fondée sur l’obéissance que doit l’épouse à son mari disparaît aussi à cette occasion du *Code civil*. « Dès lors, il existe manifestement une dichotomie entre le régime légal, la communauté de biens qui est administrée par le mari, et cette nouvelle capacité juridique » : Lefebvre, p. 12. La communauté, qui reflète mal cette nouvelle réalité, est alors délaissée au profit du régime de séparation de biens.
8. Une autre explication découle du fait que la séparation de biens, tel que le rappelaient à l’époque plusieurs notaires, offre une protection à l’épouse en cas de faillite d’un époux qui s’est lancé en affaires : voir notamment Burman, p. 151; Tétrault, *Droit de la famille*, p. 562. Ainsi, dans de telles situations, il pouvait paraître prudent d’opter pour un régime séparatiste plutôt que communautaire.
9. Finalement, la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, ch. 24, n’entre en vigueur au Canada qu’en 1968. Avant cette date, le divorce était inaccessible pour une très grande majorité de la population, celui-ci ne pouvant être obtenu que par loi privée. Certains auteurs supposent que, pour plusieurs épouses, la perspective d’une séparation ou d’une dissolution éventuelle de leur union semblait peu réaliste : voir notamment J. Jarry, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal* (2008), p. 87. Dans un tel contexte, le choix d’un régime matrimonial particulier pouvait paraître sans conséquences pratiques.
10. Indépendamment des raisons motivant le choix du régime de la séparation de biens et de la popularité croissante de celui-ci, il n’en demeure pas moins que les conséquences de ce régime, dans un contexte où les épouses n’exerçaient pas d’activités rémunératrices en dehors du foyer conjugal, pouvaient être dévastatrices en cas de séparation ou de divorce. Les effets de ce choix de régime sont apparus clairement après l’entrée en vigueur de la *Loi sur le divorce*.
11. Pour tenter de renverser cette tendance « séparatiste » porteuse de difficultés souvent graves pour les épouses à l’occasion d’une dissolution de leur union, le législateur québécois a procédé à une « modernisation » du régime légal de la communauté « pour le rendre plus attrayant » : A. Roy, « Le régime juridique de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme », dans Lafond et Lefebvre, 165, p. 184; voir également S. Massé, « Les régimes matrimoniaux au Canada — Analyse comparative des législations provinciales » (1985), 88 *R. du N.* 103, p. 148. Le régime matrimonial légal de la société d’acquêts voit ainsi le jour le 1er juillet 1970 avec l’entrée en vigueur de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, ch. 77. La communauté se réduit désormais aux biens acquis par les conjoints durant le mariage. Le professeur Tétrault explique ainsi ce changement :

 Le changement du régime légal, de la communauté de biens à la société d’acquêts, s’explique facilement par la caractéristique principale de la communauté de biens qui concentrait entre les mains du mari l’administration du régime. Cette façon de voir les choses se concilie mal avec les objectifs des mouvements féministes et la reconnaissance de la pleine capacité juridique de la femme.

(*Droit de la famille*, p. 511)

1. Ce nouveau régime légal offre à chaque époux la pleine administration de ses biens durant l’union, tout en permettant un partage de la grande majorité des biens acquis durant le mariage lors de la dissolution. Ce régime établit deux catégories de biens : les acquêts, partageables lors de la dissolution du régime, et les propres, énumérés de façon limitative par le législateur et non partageables. Les biens acquis durant le mariage par l’un ou l’autre des époux sont acquêts, alors que les biens possédés avant le mariage ou acquis après le mariage, mais de nature intrinsèquement personnelle, tels les vêtements ou outils de travail, sont propres.
2. La création de ce régime matrimonial légal s’accompagne de l’abrogation du principe de l’immutabilité des conventions matrimoniales. Jusqu’en 1970, une fois le mariage célébré, le régime matrimonial ne pouvait être modifié, même du commun accord des époux. Un seul type de changement était alors permis par le législateur : l’épouse mariée sous le régime de la communauté de biens pouvait, en cours de régime et à certaines conditions, demander à un tribunal la permission d’opter pour le régime de la séparation de biens : voir E. Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec* (3e éd. 1988), p. 97.
3. L’interdiction faite aux époux de modifier leurs conventions matrimoniales en cours de mariage découlait notamment de la perspective selon laquelle seuls les contrats passés avant le mariage étaient le fait de personnes indépendantes capables de conclure les conventions qu’elles désirent. Après le mariage, puisque l’épouse tombait juridiquement sous le pouvoir de son mari, ses intérêts ne pouvaient être valablement défendus lors de la conclusion de contrats entre époux, d’où l’interdiction pour ceux-ci de modifier les conventions conclues avant le mariage : voir Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, p. 99-100; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 6 (1902), p. 128-129; L. Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, t. 10 (1952), p. 44-45; R. Comtois, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens* (1964), p. 195.
4. Comme dans le cas des règles qui attribuent l’administration des biens de la communauté de biens au mari, le principe d’immutabilité se concilie mal avec la pleine capacité juridique de la femme mariée, ainsi qu’avec la fin de la « puissance maritale » en vertu de laquelle l’épouse devait obéissance à son mari : voir Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, p. 125. Dès lors, la création de la société d’acquêts s’accompagne de l’introduction d’un principe de mutabilité des conventions matrimoniales selon lequel les époux peuvent changer totalement ou partiellement de régime au cours de leur mariage : voir Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, p. 97.
5. Toutefois, comme le souligne la professeure Burman, « [l]orsque fut mise en vigueur la réforme des régimes matrimoniaux, le nouveau régime légal de société d’acquêts reçut un accueil des plus froid, les époux continuant à lui préférer la séparation de biens » (p. 156). Ainsi, entre 1971 et 1980, 48 % des couples choisissent le régime légal de la société d’acquêts et 52 % choisissent le régime de la séparation de biens : Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, p. 63-64. Cette tendance se renverse par contre progressivement au cours des années 1980, si bien qu’entre 1995 et 2005, moins de 1 % des couples choisissent le régime de la séparation de biens : A. Roy, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe » (2006), 51 *R.D. McGill* 665, p. 668.
6. Le régime de la société d’acquêts n’ayant aucun effet rétroactif ou obligatoire, son introduction ne modifie pas la situation dans laquelle se trouvent les épouses ayant choisi le régime de la séparation de biens avant comme après 1970. Je rappelle qu’à l’époque, les épouses ne se sont toujours pas intégrées massivement dans le marché du travail. Comme le signale le Comité des régimes matrimoniaux de l’Office de révision du Code civil, dans son rapport du 20 mai 1968, « [i]l est encore normal dans les ménages québécois que la femme consacre tout son temps aux soins familiaux et que le mari reste le seul à pouvoir gagner des biens par son travail » : *Rapport sur les régimes matrimoniaux* (1968), p. 8.
7. En 1981, le législateur procède à une nouvelle et importante réforme du droit de la famille. La *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*,L.Q. 1980, ch. 39, établit un régime primaire d’ordre public prévoyant certains effets du mariage pour les époux. Ce régime s’applique à tous les mariages à venir, ainsi qu’aux mariages déjà contractés, quel que soit le régime matrimonial déjà choisi. La réforme introduit un principe d’égalité de droits et d’obligations entre les époux dans le mariage. Ce principe d’égalité se manifeste notamment par l’obligation pour les époux d’assumer ensemble la direction morale et matérielle de la famille et de choisir de concert la résidence familiale. D’autres mesures nouvelles assurent le respect de cette direction commune, en exigeant le consentement des deux époux pour certains actes, comme l’aliénation de la résidence familiale par l’époux propriétaire. Aux effets obligatoires du mariage antérieur à la réforme, soit la fidélité, la cohabitation, l’assistance et le secours, le législateur ajoute l’obligation pour chaque époux de contribuer aux charges du mariage en proportion de ses facultés, y compris par ses activités au foyer.
8. Le législateur visait aussi directement la situation des épouses mariées en séparation de biens plutôt qu’en communauté de biens ou en société d’acquêts au cours des décennies précédentes. Pour porter remède à leur vulnérabilité, le législateur crée le mécanisme de la prestation compensatoire. Chacun des époux a dès lors le droit de réclamer une indemnité en compensation de sa contribution, en biens ou en services, à l’enrichissement du patrimoine de l’autre époux. Le paiement de cette indemnité peut être ordonné par un tribunal lors des procédures donnant lieu à la séparation des époux. Cependant, cette mesure s’est révélée inefficace après quelques années, comme l’expliquent, en 1988, les ministres de la Justice et de la Condition féminine :

Quant à la prestation compensatoire, elle ne s’est pas avérée suffisamment efficace pour remédier complètement aux problèmes vécus par certains conjoints mariés, notamment ceux qui ont choisi, comme régime matrimonial, la séparation de biens. Ainsi, le travail au foyer accompli par l’un des époux ne lui confère pas, selon le courant jurisprudentiel majoritaire, de droit à une prestation compensatoire s’il s’agissait là uniquement de l’exécution de son obligation aux charges du mariage; pour faire valoir son droit, le conjoint collaborateur se bute à d’importantes difficultés de preuve qui, dans certains cas, sont de nature à rendre le recours illusoire . . .

(H. Marx et M. Gagnon Tremblay, *Les droits économiques des conjoints* (1988), document présenté à la consultation, p. 10.)

1. La prestation compensatoire n’ayant pas eu les effets escomptés, l’Assemblée nationale du Québec adopte en 1989 la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d’autres dispositions législatives afin de favoriser 1’égalité économique des époux*, L.Q. 1989, ch. 55. Cette loi introduit dans le *Code civil* la notion de patrimoine familial. Dès lors, « la conclusion du mariage entraîne comme effet immédiat la formation d’un patrimoine familial [. . .]et crée un droit de créance qui s’ouvre à la séparation de corps ou à la dissolution du mariage » : *M.T. c. J.‑Y.T*., 2008 CSC 50, [2008] 2 R.C.S. 781, par. 14 (je souligne). Comme tous les autres effets du mariage, par exemple, les obligations d’assistance et de secours, le patrimoine familial est d’ordre public et s’applique sans égard au régime matrimonial légal ou conventionnel choisi par les parties pour régir leurs rapports patrimoniaux.
2. Ce droit de créance donne ouverture à un partage, en parties égales, de la valeur nette de certains biens tels les résidences de la famille, les meubles affectés à l’usage du ménage, les véhicules utilisés par ce dernier, ainsi que les droits au titre de régimes de retraite, et ce, sans égard à l’identité de celui des deux époux qui détient un droit de propriété sur ces biens. Alors que les résidences, meubles et véhicules sont inclus dans le patrimoine familial, qu’ils aient été acquis avant ou pendant le mariage, seuls les droits au titre d’un régime de retraite accumulés durant le mariage font partie de ce patrimoine.
3. Les dispositions transitoires décrétées par le législateur prévoient que les articles relatifs au patrimoine familial s’appliquent aux époux déjà mariés avant l’entrée en vigueur de la loi. Cependant, le législateur permet à ces époux de se soustraire d’un commun accord à l’application du patrimoine familial. Ceux-ci ont alors 18 mois à compter de l’entrée en vigueur de la loi pour effectuer ce choix et le consigner au sein d’une convention d’exclusion.
4. Trois objectifs motivent cette réforme additionnelle des droits et obligations que les époux possèdent l’un envers l’autre. Le législateur voulait remédier aux difficultés subies par les femmes mariées en séparation de biens, pallier l’inefficacité de la prestation compensatoire et redéfinir le mariage.
5. Premièrement, et comme l’explique le juge Baudouin de la Cour d’appel du Québec, dans un arrêt prononcé peu après la création du patrimoine familial :

 Le législateur, en introduisant dans notre droit le partage du patrimoine familial (*Loi modifiant le Code civil du Québec et d’autres dispositions législatives afin de favoriser l’égalité économique des époux* [L.Q. 1989, ch. 55]), a entendu remédier à des injustices dont une certaine catégorie de femmes mariées pouvaient être victimes et reconnaître la valeur du travail au foyer. Les femmes mariées en séparation de biens, au moment d’un divorce ou d’une séparation de corps, se retrouvaient en effet parfois sévèrement désavantagées sur le plan économique lorsque venait le temps de liquider le patrimoine accumulé pendant la vie commune.

 Le législateur, avec la loi 146, a voulu corriger les effets parfois pervers du choix du régime de la séparation de biens . . .

 Ces injustices avaient d’ailleurs été parfois signalées par notre Cour [*Droit de la famille — 67*,[1985] C.A. 135], qui a toujours estimé, par ailleurs, que en l’absence de dispositions spécifiques à cet égard, les tribunaux n’avaient pas le pouvoir de modifier le régime matrimonial librement choisi pour pallier ces iniquités.

(*Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904, p. 907-908; voir également Tétrault, *Droit de la famille*, p. 152-153; Roy, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe », p. 668-669; Roy, « Le régime juridique de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme », p. 180; E. Caparros, « Le patrimoine familial : une qualification difficile » (1994), 25 *R.G.D.* 251, p. 253.)

1. De même, les époux qui auraient préalablement choisi le régime de séparation de biens détiennent désormais un droit de créance sur la valeur du patrimoine familial. En quelque sorte, le législateur offre la possibilité aux épouses de modifier les effets du choix de régime matrimonial qu’elles avaient effectué auparavant en soustrayant à l’application du régime de séparation de biens une part importante du patrimoine du ménage, qui se trouve désormais assujetti à une forme de partage. Cette modification n’est toutefois pas irrévocable, car les épouses peuvent choisir de renoncer à leurs droits dans le patrimoine familial à compter de la dissolution de leur union (art. 423 *C.c.Q*.).
2. Deuxièmement, « [l]’adoption de cette loi répon[d] en partie aux déceptions et aux difficultés qui avaient marqué la mise en application de la prestation compensatoire au cours des années précédentes » : *M.T. c. J.‑Y.T.*, par. 17; voir également L. Langevin, « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie » (2009), 54 *R.D. McGill* 697, p. 714; Lefebvre, p. 17.
3. Troisièmement, par cette loi, le législateur redéfinit le mariage. À partir de l’entrée en vigueur de la loi, le mariage devient non seulement une union de personnes mais aussi une union économique égalitaire emportant un certain nombre de conséquences patrimoniales. Dans l’arrêt *M.T. c. J.‑Y.T.*, j’explique davantage le fondement de l’objectif poursuivi par le législateur avec l’introduction du patrimoine familial :

Le mariage représente d’abord une union de personnes. Cependant, le législateur a aussi voulu qu’il constitue une union économique partielle ou une association d’intérêts (D. Burman et J. Pineau, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)* (1991), no 31). L’adoption de la société d’acquêts comme régime matrimonial supplétif à défaut d’un autre choix par les conjoints témoigne de cette volonté législative. La création du patrimoine familial la confirme encore plus nettement.

 Le mariage entraîne la création d’une forme d’union économique à laquelle les époux sont appelés à contribuer de leur mieux (Kasirer, p. 572). L’article 396 *C.c.Q.* impose clairement aux conjoints une obligation légale de contribuer aux charges du mariage « à proportion de leurs facultés respectives ». Il prévoit aussi que « [c]haque époux peut s’acquitter de sa contribution par son activité au foyer. » La loi ne s’attache pas particulièrement à la mesure des contributions ou à leur nature. D’ailleurs, elle les présume égales (*Droit de la famille — 1893*, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.), p. 2809). [Je souligne; par. 21-22.]

1. Par cette réforme, les conjoints qui décident de se marier adhèrent obligatoirement à « un modèle associationniste » (B. Moore, « Culture et droit de la famille : de l’institution à l’autonomie individuelle » (2009), 54 *R.D. McGill* 257, p. 268) qui emporte une volonté de partage : *Droit de la famille — 977*, p. 908. Il devient ainsi possible de conclure qu’« [e]n 1989, [le législateur] transforme le mariage en une association principalement économique en créant un patrimoine familial » : M. Tétrault, « L’union civile : j’me marie, j’me marie pas », dans Lafond et Lefebvre, 101, p. 111.
2. Au Québec, le mariage devient alors non seulement une union, mais aussi « [c]omme notre Cour l’a conclu dans *Moge* (à la p. 870), [. . .] une “entreprise commune”, une association socio-économique » : *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, par. 49. À partir de la réforme législative créant le patrimoine familial, toute personne qui choisit de se marier est réputée vouloir créer cette association socio-économique organisée sur la base d’un certain nombre de dispositions d’ordre public prescrivant les effets du mariage, tels la réglementation des actes posés en regard de la résidence familiale et la contribution proportionnelle aux charges du mariage. En contrepartie de cette obligation de former une association économique, la nouvelle définition du mariage prévoit des mécanismes d’ordre public destinés à répartir les conséquences patrimoniales découlant de la dissolution de l’association, tels le partage du patrimoine familial et l’octroi d’une pension alimentaire post-rupture. *A contrario*, les personnes ne voulant pas s’assujettir à ces effets ou ne désirant pas créer d’entreprise commune ou d’union économique au contenu partiellement prédéterminé peuvent choisir de demeurer en union libre, hors du mariage.
3. En somme, tandis que les deux premiers objectifs que poursuit le législateur avec l’introduction du patrimoine familial visent des situations conjoncturelles, son troisième objectif est résolument tourné vers l’avenir. En effet, il propose une nouvelle définition du mariage, qui inclut désormais une union ou association économique.

b) *Cadre juridique du mariage*

1. Aujourd’hui, à la suite des réformes que je viens de résumer, le mariage entraîne l’imposition d’un cadre juridique destiné à régir les rapports mutuels des conjoints. Ce cadre est composé d’un régime primaire et d’un régime matrimonial légal ou conventionnel dont les effets se manifestent tant durant le mariage qu’à la rupture. Cependant, avant d’examiner les effets de chacun de ces régimes pendant et après le mariage, je rappelle qu’outre le décès d’un des époux, la rupture du mariage peut prendre la forme d’une séparation de corps, régie par le *Code civil du Québec*, ou d’un divorce, en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.).

(i) Régime primaire

1. Le *Code civil du Québec* établit un régime primaire qui définit les effets fondamentaux du mariage. Ces effets sont impératifs, les époux ne pouvant y déroger ou y renoncer par contrat de mariage :

**391.** Les époux ne peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre, quel que soit leur régime matrimonial.

1. Le régime primaire gouverne ainsi certains aspects des rapports entre les époux et leur impose des droits, des devoirs et des obligations mutuels. Durant le mariage, les époux « se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance » et « sont tenus de faire vie commune » (art. 392, al. 2 et 3 *C.c.Q.*). « Ensemble, [ils] assurent la direction morale et matérielle de la famille » (art. 394 *C.c.Q.*), « choisissent de concert la résidence familiale » (art. 395, al. 1 *C.c.Q.*) et « contribuent aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives » (art. 396, al. 1 *C.c.Q.*). Toujours durant le mariage, les art. 401 à 408 *C.c.Q.* limitent l’exercice du droit de propriété de chaque époux sur la résidence familiale et les meubles qui servent à l’usage du ménage. À ce titre, certains actes d’aliénation, d’hypothèque et de location ne peuvent être effectués par un époux sans le consentement de l’autre. De surcroît, comme nous l’avons vu, « [l]e mariage emporte constitution d’un patrimoine familial formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens » (art. 414 *C.c.Q.*).
2. Certains de ces devoirs sont de nature morale ou extrapatrimoniale. Ainsi, le devoir d’assistance réfère à l’obligation d’apporter à son époux l’appui de son affection, de son aide, de ses soins et de son dévouement : M. D.-Castelli et D. Goubau, *Le droit de la famille au Québec* (5e éd. 2005), p. 98-99; J. Pineau et M. Pratte, *La famille* (2006), p. 132; Tétrault, *Droit de la famille*, p. 134-135; J.-P. Senécal, *Droit de la famille québécois*, vol. 1 (feuilles mobiles), ¶ 11-615.
3. D’ordre économique, le devoir de secours vise la fourniture à l’autre époux des ressources ou aliments nécessaires à sa subsistance en fonction de ses besoins : Senécal, vol. 1, ¶ 11-625; Pineau et Pratte, p. 132-133 et 156-157; D.‑Castelli et Goubau, p. 99. Plus précisément, il s’agit de l’*obligation alimentaire* entre époux : art. 392 et 585 à 596.1 *C.c.Q.*
4. Ce devoir de secours dure jusqu’à la dissolution du mariage. Puisque la séparation de corps, bien qu’elle distende le lien matrimonial en libérant les époux de l’obligation de faire vie commune, ne rompt pas le mariage, elle ne met pas fin à ses autres effets, notamment au devoir de secours : art. 507 *C.c.Q.* Ceci explique pourquoi un tribunal prononçant la séparation de corps peut ordonner à l’un des époux de verser des aliments à son conjoint : art. 511 *C.c.Q.* Comme le devoir de secours ne s’exerce qu’en fonction des besoins respectifs des époux, l’octroi d’une pension alimentaire n’est jamais automatique. Il dépend des besoins et de la capacité de payer des conjoints : art. 512 et 587 *C.c.Q.*
5. Contrairement à la séparation de corps, le divorce dissout le mariage : art. 516 *C.c.Q.* C’est pourquoi « en matière de divorce [. . .] le droit aux aliments tire son fondement, non plus dans le devoir de secours, qui est un effet du mariage, mais des articles 15.2 et 17 [de la *Loi sur le divorce*] » : Senécal, vol. 2, ¶ 65-770; voir également Pineau et Pratte, p. 132-133; *Bracklow*, par. 20-21. À ce stade, l’octroi d’une pension alimentaire dépendra des ressources, des besoins et de la situation générale de chaque époux, incluant la durée de la cohabitation et les fonctions qu’ont remplies les époux au cours de celle-ci.
6. En cas de séparation de corps ou de divorce, outre l’octroi possible d’une pension alimentaire, le régime primaire entraîne certaines conséquences additionnelles. Premièrement, la rupture provoque la division, en parts égales, de la valeur du patrimoine familial : art. 416 *C.c.Q.* Deuxièmement, une prestation compensatoire peut être accordée par un tribunal sur demande de l’un des époux : art. 427 *C.c.Q.* Troisièmement, un tribunal peut, le cas échéant, attribuer à l’un des époux le bail de la résidence familiale (art. 409 *C.c.Q.*), la propriété ou l’usage de certains meubles (art. 410, al. 1 *C.c.Q.*), ainsi que l’usage de la résidence familiale si l’époux le réclamant exerce la garde des enfants (art. 410, al. 2 *C.c.Q.*).

(ii) Régime matrimonial

1. Après avoir pris la décision de se marier et donc de se soumettre au régime primaire, les époux doivent choisir un régime matrimonial régissant le reste de leurs rapports pécuniaires. À cet effet, ils demeurent libres de sélectionner le régime qui leur semble le plus approprié. Comme l’indique la Cour d’appel du Québec, « la notion de régime matrimonial [est] fondée sur le concept de *liberté de choix* du régime par les époux » : *G.B. c. C.C.*, [2001] R.J.Q. 1435, par. 22 (en italique dans l’original). Ceux-ci sont d’ailleurs libres de modifier, d’un commun accord, leur régime matrimonial en cours de mariage : art. 438 *C.c.Q.*
2. Le *Code civil* dispose que les époux qui, avant la célébration du mariage, n’ont pas fixé par contrat de mariage leur régime matrimonial sont soumis, par défaut, au régime légal de la société d’acquêts, en vertu duquel « chaque époux conserve, durant le régime, l’administration et la libre disposition de tous ses biens, propres et acquêts, mais est tenu, au jour de la séparation ou de la dissolution, de partager également la valeur de ses acquêts avec l’autre conjoint » : Roy, « Le régime juridique de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme », p. 183; art. 432, 461 et 467 *C.c.Q.*
3. Alternativement, les époux qui décident de conclure un contrat de mariage sont libres d’organiser leurs rapports patrimoniaux selon « toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l’ordre public » : art. 431 *C.c.Q.*
4. Au régime de la société d’acquêts, les époux peuvent en outre préférer le régime de séparation conventionnelle de biens en incluant une déclaration faite à cet effet dans leur contrat de mariage : art. 485 *C.c.Q.* Sous ce régime, chaque époux conserve l’administration, la jouissance et la libre disposition de tous ses biens tant durant le mariage qu’à la rupture : art. 486 *C.c.Q.* Aucune distinction n’est effectuée entre propres et acquêts et aucun partage ne survient lors de la séparation ou du divorce, sauf en ce qui a trait aux biens détenus en copropriété et sauf aux biens sur lesquels aucun des époux ne peut établir un droit exclusif de propriété qui seront alors présumés appartenir aux deux époux indivisément : art. 487 *C.c.Q.*

(2) Les conjoints unis civilement

1. Le 7 juin 2002, le législateur québécois adopte la *Loi instituant l’union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, ch. 6. Cette loi offre en particulier aux couples de même sexe un premier mécanisme pour officialiser leur union. Il s’agit de l’union civile qui est aussi accessible aux couples de sexe différent. Comme le remarque le professeur Tétrault, « [a]u moment de son adoption, il s’agissait de la réponse du législateur québécois à l’absence de reconnaissance par le législateur fédéral du droit pour les personnes de même sexe de se marier » : *Droit de la famille*, p. 571. Cette reconnaissance viendra trois ans plus tard avec l’adoption par le Parlement canadien de la *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, ch. 33.
2. L’union civile est définie comme « l’engagement de deux personnes âgées de 18 ans ou plus qui expriment leur consentement libre et éclairé à faire vie commune et à respecter les droits et obligations liés à cet état » : art. 521.1, al. 1 *C.c.Q.* À la différence du mariage, dont la dissolution doit être judiciaire, l’union civile peut être dissoute par déclaration commune notariée si les conjoints y consentent et en règlent toutes les conséquences dans un accord : art. 521.13 *C.c.Q.* Cependant, « [à] défaut d’une déclaration commune de dissolution reçue devant notaire ou lorsque les intérêts des enfants communs des conjoints sont en cause, la dissolution doit être prononcée par le tribunal » : art. 521.17, al. 1 *C.c.Q.* Il est également permis, depuis l’entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, L.Q. 2004, ch. 23, art. 7, de dissoudre l’union civile par le mariage subséquent des parties. Dans un tel cas, les effets de l’union civile sont maintenus et considérés comme des effets du mariage subséquent à compter de la date de l’union civile et le régime d’union civile des conjoints devient le régime matrimonial des époux : art. 521.12, al. 2 *C.c.Q.*
3. Tel que prévu à l’art. 521.6 *C.c.Q.*, cette union civile emporte d’importants effets obligatoires et renvoie, pour certains principes, aux dispositions du *Code civil* traitant des effets du mariage :

**521.6.** Les conjoints ont, en union civile, les mêmes droits et les mêmes obligations.

Ils se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance.

Ils sont tenus de faire vie commune.

L’union civile, en ce qui concerne la direction de la famille, l’exercice de l’autorité parentale, la contribution aux charges, la résidence familiale, le patrimoine familial et la prestation compensatoire, a, compte tenu des adaptations nécessaires, les mêmes effets que le mariage.

Les conjoints ne peuvent déroger aux dispositions du présent article quel que soit leur régime d’union civile.

1. Pendant la durée de l’union, les conjoints unis civilement sont soumis au devoir de secours et se doivent donc des aliments. Ce devoir de secours prend fin avec la dissolution de l’union. Toutefois, sur demande d’un des conjoints, il est possible pour un tribunal, au moment où il prononce la dissolution ou après celle-ci, d’ordonner à l’un des conjoints de verser des aliments à l’autre : art. 521.17, al. 3 *C.c.Q.*
2. Je remarque au passage que le *Code civil* ne prévoit pas de facteurs de fixation d’aliments propres à l’union civile. Les tribunaux doivent donc se référer aux principes généraux contenus à l’art. 587 *C.c.Q.* : voir notamment Senécal, vol. 2, ¶ 65-815; Tétrault, *Droit de la famille*, p. 587.
3. Outre cet assujettissement impératif au régime primaire, l’union civile propose aux conjoints unis civilement un régime légal identique au régime matrimonial de la société d’acquêts qui s’applique aux époux. Il est également possible pour les personnes qui désirent s’unir civilement de déroger à ce régime légal par un contrat préparé avant la célébration de leur union, pour s’assujettir, s’ils le veulent, à un régime de séparation de biens :

**521.8.** Il est permis, par voie contractuelle, d’établir un régime d’union civile et de faire toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l’ordre public.

Les conjoints qui, avant la célébration de leur union, n’ont pas ainsi fixé leur régime sont soumis au régime de la société d’acquêts.

 Le régime d’union civile, qu’il soit légal ou conventionnel, et le contrat d’union civile sont, compte tenu des adaptations nécessaires, soumis aux règles applicables respectivement aux régimes matrimoniaux et au contrat de mariage.

(3) Les conjoints de fait

 a) *Rappel historique de la situation des conjoints de fait sous le Code civil du Bas Canada jusqu’aux réformes de 1980*

1. Au départ, rappelons que jusqu’à la réforme du droit de la famille et à l’entrée en vigueur d’une partie du projet de *Code civil du Québec* en 1981, l’union de fait, alors dénommée « concubinage », faisait l’objet d’un traitement législatif défavorable. Comme le signalent plusieurs auteurs, cette union, en tant qu’« obstacle à la stabilité et à la paix des familles », était considérée suspecte, « contraire à l’ordre public et aux bonnes mœurs » et était entachée d’un « caractère péjoratif » sinon « immoral » que l’État ne pouvait favoriser : voir notamment E. Deleury et M. Cano, « Le concubinage au Québec et dans l’ensemble du Canada : Deux systèmes juridiques, deux approches », dans J. Rubellin-Devichi, dir., *Des concubinages dans le monde* (1990), 85, p. 88; A. Cossette, « Le concubinage au Québec » (1985), 88 *R. du N.* 42, p. 45 et 53; Tétrault, « L’union civile : j’me marie, j’me marie pas », p. 127; Lefebvre, p. 11; Tétrault, *Droit de la famille*, p. 839-849.
2. Sur le plan législatif, cette désapprobation à l’égard de l’union de fait se manifeste alors sous deux aspects touchant d’une part aux rapports des conjoints de fait entre eux et, d’autre part, au traitement des enfants issus de ces unions. En ce qui a trait aux rapports entre conjoints de fait, l’art. 768 *C.c.B.C.* limitait « [l]es donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage [. . .] à des aliments ». De ce fait, le législateur interdisait tout aménagement des rapports patrimoniaux entre conjoints de fait. La loi leur niait la possibilité de donner un encadrement légal à leur vie commune et limitait leur liberté contractuelle. Le notaire Jean Sylvestre décrit ainsi l’impact de cette prohibition :

Jusqu’[en 1981], il était, à toutes fins pratiques, impensable de prévoir des accords entre concubins.

En effet, l’article 768 C.C.B.-C., en prohibant toutes donations entre vifs entre concubins et entre personnes ayant vécu en concubinage, fermait la porte à tous arrangements financiers quelconques entre personnes vivant en union libre, revêtant un caractère de libéralité, de gratuité, ou de don.

Or, puisqu’on retrouve presque toujours l’un ou l’autre de ces caractères dans ce qu’il est convenu d’appeler des accords entre conjoints ou concubins, il était impossible de penser à convenir de tels accords entre concubins.

(« Les accords entre concubins », [1981] 1 *C.P. du N.* 195, par. 1-3)

1. Par ailleurs, les enfants des conjoints de fait ou « enfants naturels » étaient privés d’un certain nombre de droits octroyés aux « enfants légitimes », soit ceux dont les parents étaient mariés : voir J.-L. Baudouin, « Examen critique de la situation juridique de l’enfant naturel » (1966), 12 *R.D. McGill* 157, p. 158. Historiquement, et à moins d’être légitimés par le mariage subséquent de leurs parents, les enfants naturels ne pouvaient hériter de leurs parents à moins que ceux-ci n’aient testé en leur faveur. Ils ne pouvaient non plus réclamer de leurs parents l’exécution des obligations relatives à l’entretien et à l’éducation que les conjoints mariés devaient à leurs enfants légitimes. Le « *Code civil du Bas Canada* établissait [ainsi] une distinction entre les enfants légitimes, naturels, adultérins et incestueux » : Moore, p. 266. Jean-Louis Baudouin, alors professeur de droit, explique la raison d’être d’une telle distinction :

Les raisons juridiques qui ont été invoquées pour justifier l’ignorance du groupe de la famille naturelle transparaissent clairement à la lecture de notre Code [. . .] : désir de protéger les droits de la famille légitime, refus de sanctionner une conduite contraire aux bonnes mœurs, refus d’encourager la prolifération des unions libres, etc. [p. 157-158]

1. En adoptant la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*,le législateur s’écarte de cette vision négative hostile à l’union de fait. La prohibition des donations entre vifs est levée par l’abrogation de l’art. 768 *C.c.B.C.* Les conjoints de fait deviennent alors libres d’organiser leurs rapports mutuels à l’aide d’ententes juridiquement valides et exécutoires. Dès lors, il leur est permis « de convenir librement, quasiment l’équivalent d’un régime matrimonial entre eux » : Sylvestre, par. 8. Pour le professeur Benoît Moore, ce changement confirme la disparition de l’hostilité législative envers l’union de fait : p. 267.
2. Le législateur élimine également les distinctions entre enfants légitimes, naturels, adultérins et incestueux. Il établit alors le principe de l’égalité des enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance et la nature de leur filiation. L’article 522 *C.c.Q.* codifie désormais le principe selon lequel les enfants dont la filiation est établie possèdent les mêmes droits et obligations. Dès lors, les règles relatives à l’autorité parentale (art. 597 *C.c.Q.* et suiv.), à l’obligation alimentaire (art. 585 *C.c.Q.*) et à la succession *ab intestat* (art. 655 *C.c.Q.*) s’appliquent à tous les enfants. L’article 604 *C.c.Q.* prévoit aussi qu’« [e]n cas de difficultés relatives à l’exercice de l’autorité parentale, le titulaire de l’autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l’intérêt de l’enfant après avoir favorisé la conciliation des parties ». C’est ainsi que lors de la cessation de la vie commune des conjoints de fait, un tribunal peut statuer sur la garde des enfants et les droits d’accès comme il aurait été appelé à le faire en cas de séparation de conjoints mariés. Selon les auteurs D. Goubau, G. Otis et D. Robitaille, c’est ainsi que « le Code civil reconnaît [. . .] que le mariage n’est plus le cadre obligé de la famille » : « La spécificité patrimoniale de l’union de fait : le libre choix et ses “dommages collatéraux” » (2003), 44 *C. de D.* 3, p. 13.

b) *Politique législative à l’égard de l’union de fait à la suite de la réforme de 1980*

1. Par la réforme de 1980, le législateur québécois consacre la liberté contractuelle des conjoints de fait dans l’aménagement de leurs rapports mutuels. Au même moment, comme je l’ai exposé précédemment, il redéfinit le contenu impératif du mariage en introduisant un régime primaire auquel nul époux ne peut déroger. L’opportunité de redéfinir l’union de fait en lui imposant également un tel cadre législatif impératif fait alors l’objet de discussions à l’Assemblée nationale du Québec.
2. Déjà, l’Office de révision du Code civil avait proposé notamment d’instaurer entre les conjoints de fait une obligation de contribution proportionnelle aux charges du ménage : *Rapport sur le* *Code civil du Québec* (1978), vol. II — *Commentaires*, t. 1, p. 115 et 208; voir également Lefebvre, p. 18. Dans cette perspective, l’art. 338 du projet de *Code civil* de l’Office propose que :

**338.** Les époux de fait se doivent des aliments tant qu’ils font vie commune.

Toutefois, le tribunal peut, si des circonstances exceptionnelles le justifient, ordonner à un époux de fait de verser des aliments à l’autre après la cessation de la vie commune.

(*Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. I — *Projet de Code civil*, p. 119)

1. Cependant, le Conseil du statut de la femme du Québec, organisme indépendant créé par le législateur en 1973 pour conseiller le gouvernement sur l’ensemble des questions relatives à la condition des femmes, s’opposait à l’imposition d’un cadre législatif impératif régissant les relations entre conjoints de fait. Critiquant les propositions de l’Office de révision du Code civil parce qu’elles limitent la liberté des conjoints de fait, le Conseil déclare que :

. . . cette attitude constitue une atteinte au principe du libre choix qui anime les conjoints de fait. Le [Conseil] préconise qu’aucune obligation ne doive résulter de l’union de fait pour respecter la volonté des parties en cause.

. . .

Notre prise de position concernant l’union de fait repose sur une véritable reconnaissance de l’égalité des personnes et leur autonomie. C’est pourquoi il nous apparaît essentiel d’insister sur la non-institutionnalisation de ce genre d’union et de respecter la volonté des parties en présence.

(*Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille* (1979), p. 23-24; voir également *Mémoire du Conseil du statut de la femme présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints* (1988), p. 40.)

1. Au terme des débats parlementaires, le ministre de la Justice de l’époque rejette la recommandation d’imposer un cadre législatif à l’union de fait. Il décide plutôt de préserver la liberté des individus de choisir une forme d’union dont le contenu n’est pas prédéterminé. Il s’exprime ainsi :

Une autre application concrète du principe de la liberté des individus dans le choix de la forme d’organisation de leur cellule familiale doit également exister à l’égard de l’union de fait. Lors de la commission parlementaire de la justice sur la réforme du droit de la famille en mars 1979, la plupart des mémoires soumis demandaient aux législateurs de respecter cette volonté des couples non mariés de distinguer leur choix de formule de vie par rapport au mariage. Il nous a donc paru opportun de ne pas intervenir à l’égard de ce mode de vie librement décidé; il n’y a donc pas lieu de l’institutionnaliser ou de le réglementer.

Par ailleurs, dans la logique du respect absolu de cette formule, il a paru raisonnable de placer les personnes qui vivent en union de fait sur le même pied que les autres justiciables en proposant d’abolir les restrictions que leur impose encore aujourd’hui l’article 768 du Code civil qui limite leur droit de se faire des donations.

(Assemblée nationale, *Journal des débats*,vol. 23, no 15, 6e sess., 31e lég., 4 décembre 1980, p. 608 (deuxième lecture du projet de loi 89). Cette position est appuyée par le chef de l’Opposition officielle de l’époque. À la p. 663, celui-ci s’exprime ainsi : « Sur l’union de fait, par conséquent, je pense qu’il faut procéder avec beaucoup de prudence. Si les personnes ne veulent pas conférer elles-mêmes un caractère juridique ou légal à leur union, il ne peut pas être question de le leur imposer de force, non plus. »)

1. Cette position sera discutée mais réaffirmée à plusieurs reprises par le législateur au cours des réformes qui ont modifié successivement le droit de la famille québécois depuis 1980. À l’occasion de chaque réforme, le législateur réitère son choix de ne pas réglementer les rapports privés des conjoints de fait sur la base du respect de leur autonomie et liberté individuelles : voir, à titre d’exemple, les propos de la ministre de la Condition féminine tenus à l’époque de la création du patrimoine familial (Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 30, no 125, 2e sess., 33e lég., 8 juin 1989, p. 6487), ceux du ministre de la Justice tenus, deux ans plus tard, dans un contexte de réforme du *Code civil* (Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, *Journal des débats*, no 22, 1re sess., 34e lég., 19 novembre 1991, p.  859), ceux du ministre de la Justice tenus lors de la reconnaissance des conjoints de fait de même sexe au sein des lois sociales (Assemblée nationale, *Journal des débats*, no 197, 2e sess., 35e lég., 18 juin 1998, p. 12069-12070) et ceux du ministre de la Justice tenus lors de la création de l’union civile (Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, *Journal des débats*, vol. 37, no 46, 2e sess., 36e lég., 12 février 2002, p. 4-5).
2. Lors de la création de l’union civile en 2002, le ministre de la Justice affirme clairement que le droit québécois « reconnaît [maintenant] trois types de conjugalité : celle des conjoints unis en mariage, celle des conjoints en union civile et celle des conjoints de fait ». Il confirme également que le projet de loi instituant l’union civile « ne propose aucune modification touchant la modalité de vie commune des conjoints de fait qui conservent ainsi la liberté d’établir les modalités régissant leur couple » : Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 37, no 96, 2e sess., 36e lég., 7 mai 2002, p. 5816.

 c) *Relations entre conjoints de fait : un régime de liberté contractuelle*

1. On a vu que les relations entre époux et entre conjoints unis civilement, tant durant la relation qu’à la rupture, sont soumises à l’application impérative du régime primaire ainsi qu’à l’application supplétive de la société d’acquêts. La situation diffère considérablement en ce qui concerne les conjoints de fait.
2. Comme je l’ai souligné, le *Code civil du Québec* n’encadre pas les termes de l’union entre conjoints de fait. La loi n’impose à ces conjoints aucun devoir d’assistance et de secours, donc d’obligation alimentaire. Le partage des charges du ménage est laissé à leur discrétion; ils ne sont pas tenus d’y contribuer à proportion de leurs facultés respectives. Ils n’ont pas d’obligation de choisir de concert la résidence familiale. L’exercice de leurs droits de propriété sur cette dernière n’est pas limité par l’application de dispositions impératives. Dès lors, un conjoint de fait propriétaire peut vendre ou louer la résidence dont il est l’unique propriétaire sans obtenir le consentement de l’autre conjoint. L’union de fait ne crée pas de patrimoine familial. Elle échappe aussi au régime matrimonial légal de la société d’acquêts et ne donne pas ouverture à l’octroi d’une prestation compensatoire.
3. Tant durant la vie commune qu’à la rupture, le conjoint de fait demeure le propriétaire des biens qu’il a acquis avant ou pendant la vie commune. Toute modification de cet état de fait nécessite le consentement du conjoint dont les droits sont affectés. Ainsi, en vertu de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*,le consentement de chacun des conjoints de fait qui se séparent est requis afin de demander le partage des gains admissibles accumulés au cours de la période de vie commune. De même, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*,L.R.Q., ch. R-15.1, qui établit le cadre juridique des régimes de retraite privés, ne permet aux ex-conjoints de fait de partager entre eux les droits accumulés au titre du régime de retraite du participant que lorsque chacun d’eux y consent.
4. Puisque l’union de fait échappe au cadre législatif impératif propre au mariage et à l’union civile, les conjoints de fait demeurent libres de modeler leur relation à leur gré dans le respect de l’ordre public. À cet effet, ils peuvent conclure des ententes organisant leurs relations patrimoniales pendant la vie commune et prévoyant les conséquences d’une possible rupture : pour le contenu potentiel de telles ententes, voir Tétrault, « L’union civile : j’me marie, j’me marie pas », p. 133-134; Tétrault, *Droit de la famille*, p. 870-871; A. Roy, « La charte de vie commune ou l’émergence d’une pratique réflexive du contrat conjugal » (2007), 41 *R.J.T.* 399. Ces ententes sont communément appelées « contrat de vie commune » ou « contrat de cohabitation ».
5. Comme le constatent certains auteurs, la jurisprudence québécoise « ne laisse plus de doute sur la validité des contrats entre conjoints de fait » : Jarry, p. 134. En effet, les tribunaux québécois ont reconnu que les conjoints de fait peuvent validement conclure des contrats qui prévoient l’application des règles de partage du patrimoine familial à la rupture (*Couture c. Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [2002] 3 R.C.S. vii), qui envisagent l’octroi d’une obligation alimentaire entre conjoints après la fin de la cohabitation (*Ponton c. Dubé*, 2005 QCCA 413 (CanLII)) ou qui accordent un droit d’usage exclusif de la résidence familiale après la séparation (*Bourbonnais c. Pratt*, 2006 QCCS 5611, [2007] R.D.F. 124). Selon la Cour d’appel du Québec, « [d]e telles conventions peuvent même prévoir l’équivalent d’une prestation compensatoire » : *M.B. c. L.L.*, [2003] R.D.F. 539, par. 30.
6. À défaut de telles ententes, le droit commun s’applique à tout conflit patrimonial découlant de la fin de la vie commune. Puisque les conjoints de fait demeurent chacun propriétaires des biens qu’ils ont acquis individuellement avant ou pendant leur vie commune, le conjoint qui prouve être propriétaire unique d’un bien meuble pourra le revendiquer. En cas d’indivision, chacun des conjoints pourra forcer l’autre à procéder au partage et licitation des biens indivis, nul n’étant tenu de demeurer dans l’indivision (art. 1030 *C.c.Q.*).
7. Finalement, les conjoints de fait qui se croient lésés lors la rupture de leur union disposent du recours fondé sur l’enrichissement injustifié, codifié depuis 1994 aux art. 1493 à 1496 *C.c.Q.* L’applicabilité de cette doctrine aux rapports entre conjoints de fait a été confirmée par notre Cour dans l’arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980. Le principe de l’enrichissement injustifié doit toutefois recevoir une interprétation prudente, généreuse, mais fidèle aux conditions initialement établies par la Cour dans l’arrêt *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, et que l’on retrouve maintenant à l’art. 1493 *C.c.Q.* Comme l’explique le juge Dalphond de la Cour d’appel du Québec, cette doctrine doit servir « uniquement à compenser une partie pour un apport, en biens ou en services, qui a permis à l’autre de se trouver en une position supérieure à celle qui aurait été la sienne n’eût été la vie commune, bref de l’enrichir » : *M.B. c. L.L*., par. 39.
8. Pour obtenir un dédommagement en application des art. 1493 *C.c.Q.* et suiv., un conjoint de fait qui invoque l’enrichissement injustifié doit ainsi démontrer, par prépondérance des probabilités, qu’il a satisfait aux conditions suivantes : un enrichissement, un appauvrissement, une corrélation entre ceux-ci, et l’absence de justification, de fraude à la loi et d’un autre recours : *Cie Immobilière Viger*; *Peter c. Beblow*; *M.B. c. L.L.*, par. 34; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6e éd. 2005), par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, par. 566 et suiv.
9. Comme l’a décidé notre Cour dans l’arrêt *Peter c. Beblow*, le conjoint de fait peut bénéficier de certaines présomptions simples lui permettant de s’acquitter plus aisément de son fardeau de preuve. Ainsi, dans le cas d’une union de fait de longue durée, le tribunal peut présumer, d’une part, qu’il existe une corrélation entre l’enrichissement d’un conjoint et l’appauvrissement de l’autre et, d’autre part, qu’il y a absence de motifs à l’enrichissement : *Peter c. Beblow*, p. 1013 et 1018; *M.B. c. L.L.*, par. 37; *Benzina c. Le*, 2008 QCCA 803 (CanLII), par. 7; *Barrette c. Falardeau*, 2010 QCCA 989 (CanLII), par. 26-27. Enfin, lorsque ces conditions se trouvent réunies, le recours du conjoint de fait est maintenu pour la moindre des deux sommes suivantes : l’enrichissement de son conjoint ou son propre appauvrissement (*Cie Immobilière Viger*, p. 77).
10. La Cour d’appel, dans un arrêt récent rédigé par le juge Dalphond avec le concours de la juge Côté, réitère les principes de la doctrine de l’enrichissement injustifié entre conjoints de fait et l’importance des présomptions favorables au demandeur : *C.L. c. J.Le.*, 2010 QCCA 2370 (CanLII), par. 10-15, cité intégralement dans *Droit de la famille — 121120*, 2012 QCCA 909 (CanLII), par. 65. À ce titre, la cour rappelle à bon droit que le tribunal saisi « d’une demande d’indemnité pour enrichissement injustifié par le/la conjoint(e) de fait [doit] se livrer à une analyse libérale et globale de la situation des parties, prenant en compte tous les apports des conjoints durant la vie commune » : *C.L. c. J.Le.*, par. 12 (je souligne). De plus, à l’opposé du simple exercice de comptabilité, « il faut adopter dans l’analyse des éléments factuels et juridiques une souplesse particulière qui sied à la nature des rapports entre des conjoints (*Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, p. 1279) » : *C.L. c. J.Le.*, par. 13 (je souligne).

 d) *Assimilation des conjoints de fait aux époux et aux conjoints unis civilement dans des lois diverses*

1. Dans le cas des rapports que les couples entretiennent avec des tiers, plus particulièrement l’État, à l’égard de l’application de plusieurs lois à caractère social, le législateur n’effectue plus de distinction entre mariage, union civile et union de fait : voir notamment *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q., ch. A-3; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001; *Loi sur l’aide financière aux études*, L.R.Q., ch. A-13.3; *Loi sur l’aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, L.R.Q., ch. A-14; *Loi sur l’assurance automobile*, L.R.Q., ch. A-25; *Loi sur les assurances*; L.R.Q., ch. A-32; *Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., ch.  C-67.3; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d’épargne*, L.R.Q., ch. S-29.01; *Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., ch. E-2.3; *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., ch. D-15.1; *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., ch. C-67.2; *Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I-13; *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., ch. T-0.1; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-I.1; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16; *Loi sur le régime de rentes du Québec*; *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q., ch. R-10; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., ch. R-12; *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*; *Loi sur les conditions de travail et le régime de retraite des membres de l’Assemblée nationale*, L.R.Q., ch. C-52.1; *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants*, L.R.Q., ch. R-9.1; *Loi sur le régime de retraite des agents de la paix en services correctionnels*, L.R.Q., ch. R-9.2; *Loi sur le régime de retraite des élus municipaux*, L.R.Q., ch. R-9.3; *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., ch. R-11; *Loi sur l’aide aux personnes et aux familles*, L.R.Q., ch. A-13.1.1.
2. Comme l’expliquent les professeurs D.-Castelli et Goubau, « [d]ès lors qu’une union répond aux conditions particulières d’une loi, l’assimilation de la situation des conjoints de fait à celle des conjoints mariés ou unis civilement est complète en droit québécois pour l’application de cette loi » : p. 173. À ce propos, la Cour d’appel du Québec énonce qu’« une revue de ces lois [. . .] démontre une intention du législateur de traiter conjoints de fait et conjoints mariés sur la même base » : *Couture c. Gagnon*, par. 32.
3. Mentionnons que depuis l’adoption, en 1999, de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, ch. 14, la définition de conjoints de fait comprise au sein de ces lois est étendue aux conjoints de fait de même sexe. De plus, à la suite de l’adoption, en 2002, de la *Loi instituant l’union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, la notion de conjoint définie par la *Loi d’interprétation*, L.R.Q., ch. I-16, art. 61.1, inclut le conjoint de même sexe.
4. Cette assimilation des conjoints de fait, des époux et des conjoints unis civilement dans le domaine du droit social se manifeste également dans certaines matières relevant du droit civil où les conjoints de fait interagissent avec des tiers. Ainsi, le conjoint de fait, tout comme l’époux ou le conjoint uni civilement, peut consentir aux soins requis par son conjoint inapte (art. 15 *C.c.Q.*); être maintenu dans les lieux et devenir locataire lorsque son conjoint, seul signataire du bail, quitte le logement ou décède (art. 1938 *C.c.Q.*); reprendre un logement situé au sein d’un immeuble dont il est propriétaire avec son conjoint (art. 1958 *C.c.Q.*); participer aux assemblées de parents, d’alliés ou d’amis lors du processus de nomination d’un curateur à son conjoint (art. 266 *C.c.Q.*); éviter la saisie d’une partie de son salaire s’il pourvoit aux besoins de son conjoint (art. 553 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25); et intenter un recours direct en responsabilité en cas de décès de son conjoint (abolition de la règle contenue à l’art. 1056 *C.c.B.C.*).

D. *L’évolution démographique et sociologique de l’union de fait au Québec depuis 1980*

1. Parallèlement à l’évolution du droit de la famille au Québec, il est intéressant d’observer les changements survenus dans la situation sociale de l’union de fait dans cette province. Les données colligées par Statistique Canada et par l’Institut de la statistique du Québec, que certains rapports d’expertise soumis par les parties ont étudiées, permettent d’observer quelques tendances démographiques au sujet de l’union de fait. On constate d’abord qu’au cours des 30 dernières années, le phénomène de l’union de fait s’est largement développé au Québec. C’est dans cette province que l’union de fait s’est davantage répandue au Canada. Entre 1981 et 2006, la proportion de couples québécois vivant en union de fait est passée de 7,9 % à 34,6 %. À titre de comparaison, en 2006, pour l’ensemble du Canada, 18,4 % des couples vivaient en union de fait. D’autre part, il appert qu’actuellement 60 % des enfants du Québec naissent hors mariage. Le recensement de 2011 confirme les mêmes tendances. Selon les données maintenant disponibles, 20 % des couples canadiens vivent en union libre. Au Québec, la proportion atteint 37,8 %.
2. Les statistiques analysées par les experts suggèrent que la vie en union de fait est plus répandue chez les jeunes Québécois âgés de moins de 35 ans que pour l’ensemble des Canadiens du même âge. Les jeunes Québécois optent pour l’union de fait dans des proportions nettement supérieures (51 %) à celles de l’ensemble des jeunes Canadiens (29 %). Au Québec, et dans une moindre mesure dans l’ensemble du Canada, l’union de fait demeure proportionnellement plus fréquente chez les couples qui sont engagés dans une troisième union que chez ceux qui en sont à leur première union.
3. Si l’aspect purement démographique de l’union de fait est aisément quantifiable, il en va autrement de son caractère sociologique ou sociodémographique. En l’espèce, quatre des huit rapports d’expertise déposés par les parties en première instance portent spécifiquement sur ce point de vue sociologique. Ces expertises se penchent notamment sur les représentations de la conjugalité au Québec, sur les différences et similitudes entre le mariage et l’union de fait et sur la gestion interne des couples québécois. En raison des limites méthodologiques de ces études, de l’étroitesse de leur échantillonnage et du manque généralisé de données quantitatives sur lesquelles elles pouvaient émettre des hypothèses, il apparaît impossible dans le contexte de ce dossier de tirer des conclusions définitives à l’égard de plusieurs aspects de ce phénomène social, notamment quant aux motifs du choix de ce type de relation et à son mode de fonctionnement économique.
4. Je crois utile de citer à cette occasion quelques observations des professeures Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk, en p. 3 et 4 de leur rapport, au sujet de l’état de la recherche relative aux unions de fait au Québec :

L’état de la recherche basée sur de larges échantillons représentatifs de la population dans son ensemble est particulièrement peu avancé en ce qui concerne la signification de l’union de fait par rapport au mariage, et le sens de l’engagement que les conjoints prennent l’un à l’égard de l’autre. De plus, la recherche existante n’a pas produit d’examen approfondi des mécanismes sous-jacents au choix du type d’union pour les unions formées récemment, soit depuis le milieu des années 1990. De nombreuses inconnues demeurent, et comme les phénomènes sont en pleine évolution, des relations qui paraissent bien établies pour une période donnée peuvent n’être plus valables pour une période subséquente. . .

[En ce qui a trait à certains liens observés entre différents phénomènes], souvent on ne dispose pas des données fiables requises pour les analyser correctement. C’est ainsi que le lien entre indépendance financière et choix du mode d’union continue d’être l’objet de spéculation, car les données longitudinales prospectives, suivant les individus à mesure qu’ils avancent dans leur vie, qui permettraient d’observer la situation financière des personnes au moment où elles ont à faire un choix, ne sont que rarement ou partiellement disponibles.

De plus, dans des domaines comme la gestion de l’argent au sein des couples ou les représentations de la conjugalité qui ont été abordés de manière qualitative dans les études examinées ici, les données quantitatives portant sur de grands échantillons font cruellement défaut au Québec ou au Canada, rendant impossibles la comparaison des couples en union de fait et des couples mariés, ou la prise en compte de tous les groupes pertinents, quelle que soit l’étape atteinte dans le cycle de vie (en début d’union, après plusieurs années de vie commune ou l’arrivée d’un enfant, ou au lendemain d’une séparation). La recherche portant sur d’autres sociétés, lorsqu’elle existe, peut suggérer des éléments de réponse mais ne suffit pas à donner un éclairage satisfaisant sur la réalité canadienne. [Dossier conjoint, vol. 14, p. 7-8]

1. Finalement, à l’instar de la juge de première instance, je remarque qu’aucune des expertises soumises par les parties n’étudie les effets concrets de la rupture pour les couples en union de fait et pour les couples mariés ou unis civilement.

E.  *La portée de la demande de A*

1. Avant d’examiner la nature et la mise en œuvre du droit à l’égalité dans le contexte de cet appel, il importe de rappeler la portée de la demande de A. Il faut en comprendre tous les effets pour apprécier leur impact sur la mise en œuvre du droit à l’égalité.
2. En plaidant que les art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 *C.c.Q.* contreviennent au par. 15(1) de la *Charte* et ne sont pas justifiés en vertu de l’article premier, A réclame en premier lieu l’application de certains attributs du régime primaire applicable en cas de séparation de corps, de divorce ou de dissolution de l’union civile. À ce titre, elle demande le partage du patrimoine familial ainsi qu’une réserve de ses droits pour demander une prestation compensatoire. Elle plaide aussi qu’elle a droit à une pension alimentaire pour elle-même ainsi qu’à une somme globale.
3. Bien que A conteste la constitutionnalité des dispositions portant sur les mesures de protection de la résidence familiale, ces dernières ne font pas l’objet d’une demande précise au sein du présent litige. Il apparaît que les questions touchant le lieu de résidence de A et des enfants des parties ont fait l’objet d’une entente conclue entre ces dernières avant le procès.
4. En plus de l’application de certaines mesures propres au régime primaire, A réclame en second lieu l’application automatique et obligatoire du régime matrimonial légal de la société d’acquêts. Rappelons que, dans le cas du mariage et de l’union civile, ce régime ne s’applique de façon automatique aux époux et aux conjoints unis civilement que lorsque ceux-ci omettent de conclure un contrat de mariage ou d’union civile. Dans le droit civil québécois, la société d’acquêts est supplétive et ne s’impose qu’en l’absence de contrat désignant un régime de séparation de biens ou comprenant des stipulations contractuelles adaptées à la situation personnelle des conjoints. Essentiellement, au chapitre des régimes matrimoniaux, A veut que l’on traite son union de fait non seulement comme un mariage, mais comme un mariage conclu sans contrat de mariage. Elle demande donc que notre Cour constate la création rétroactive d’une société d’acquêts impérativement applicable à sa relation avec B.
5. À la rupture, la dissolution du régime légal de société d’acquêts entraîne entre les époux qui y sont assujettis un partage de la valeur des acquêts. Ce partage importe relativement peu pour les couples dont les principaux actifs font partie du patrimoine familial, mais il peut devenir très significatif lorsqu’un des conjoints est engagé activement dans des entreprises commerciales, par exemple. Après cette précision, je passe maintenant à l’examen du par. 15(1) de la *Charte* qui se situe au cœur du présent litige. Son interprétation et son application régleront le sort des demandes constitutionnelles de A et, en conséquence, détermineront l’étendue de ses droits alimentaires et patrimoniaux à l’égard de B.

F.  *L’évolution de la conception jurisprudentielle de l’art. 15*

(1) Les valeurs sous-jacentes à l’art. 15 : égalité, dignité, liberté et autonomie de la personne

1. Le paragraphe 15(1) de la *Charte* dispose que « [l]a loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques. » Pour saisir la signification et le contenu de cette garantie, ainsi que son impact sur l’action gouvernementale, il faut bien comprendre la nature de ce que le juge McIntyre a appelé « la vaste gamme des valeurs englobées par l’art. 15 » : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171. La reconnaissance de ces valeurs facilite l’interprétation du par. 15(1) et contribue à l’appréciation générale du bien-fondé des allégations de violation de la garantie d’égalité : *Law*, par. 54; *Walsh*, par. 63.
2. Dans l’arrêt *Andrews*,où notre Cour a étudié pour la première fois l’application de l’art. 15, le juge McIntyre affirme avec force que la garantie d’égalité veut assurer la reconnaissance d’une même valeur à tous les êtres humains dans la société canadienne :

Il est clair que l’art. 15 a pour objet de garantir l’égalité dans la formulation et l’application de la loi. Favoriser l’égalité emporte favoriser l’existence d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. [p. 171]

(Voir également R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 272-273.)

1. Selon le juge McIntyre, l’établissement d’une égalité formelle ne rencontre pas les objectifs de l’adoption de la garantie d’égalité. L’article 15 introduit plutôt un concept d’égalité réelle.
2. Comme la Cour l’a souligné à plusieurs reprises, cette valorisation de l’égalité réelle au cœur de l’art. 15 est intimement liée à la notion de dignité humaine : *Miron*, par. 145-146; *Law*, par. 52 et 54; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 77; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 20. La dignité inhérente égale de chaque individu constitue invariablement une « valeur essentielle qui sous-tend le droit à l’égalité garanti par l’art. 15 » : *Kapp*, par. 21. La Cour a d’ailleurs affirmé que « le par. 15(1) a pour objet d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles » (*Law*, par. 51) et d’éliminer toute possibilité qu’une personne soit réellement traitée comme « une personne de moindre valeur » : *Gosselin*, par. 22. Autrement dit :

Ce principe reconnaît la dignité de chaque être humain et la liberté que chaque personne a de développer son corps et son esprit comme elle le désire, sous réserve de restrictions justifiées par les intérêts de l’ensemble de la collectivité. Il reconnaît également que la société se compose de personnes toutes différentes les unes des autres et qu’une société libre et démocratique doit composer avec ces différences et les respecter.

(*Miron*, par. 145)

1. Le principe d’autonomie personnelle ou d’autodétermination, auquel se rattachent l’estime, la confiance et le respect de soi, fait partie intégrale des valeurs de dignité et de liberté qui sous-tendent la garantie d’égalité : *Law*, par. 53; *Gosselin*, par. 65. La préservation de l’autonomie personnelle implique la reconnaissance du droit de chacun de prendre des décisions concernant sa propre personne, de maîtriser son intégrité personnelle et de réaliser sa propre conception d’une vie bien remplie, sans ingérence de l’État dans des choix personnels fondamentaux : *R. c.* *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 346, le juge Dickson; *R. c.* *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 164, la juge Wilson; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 554, le juge en chef Lamer, p. 587-588, le juge Sopinka; *Blencoe*, par. 77, le juge Bastarache.
2. Dans la mise en œuvre de l’art. 15, la promotion des valeurs d’égalité, de dignité, de liberté et d’autonomie passe par « l’élimination du traitement discriminatoire » fondé sur les caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1) ou sur celles qui leur sont analogues : *Law*, par. 52. La *Charte* reconnaît qu’il est injuste de limiter la pleine participation d’une personne dans la société pour le seul motif qu’elle présente une de ces caractéristiques personnelles : *Miron*, par. 146; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 72-73. De même, il est inadmissible d’invoquer ces caractéristiques pour refuser de traiter une personne comme un membre à part entière de la société, qui mérite de réaliser tout son potentiel humain : *Miron*, par. 146; *Gosselin*, par. 23.
3. Depuis *Andrews*, la Cour s’est efforcée d’identifier les types de situations présentant un caractère discriminatoire contraire au par. 15(1) et d’établir un cadre analytique susceptible de faciliter le traitement jurisprudentiel des demandes d’application de la garantie d’égalité. L’existence d’un cadre capable de définir les distinctions discriminatoires est d’une importance fondamentale du fait que la formulation de distinctions se situe au cœur de l’action législative : *Andrews*, p. 168-169. Pratiquement tous les textes législatifs distinguent et établissent des catégories. En l’absence d’un cadre analytique cohérent, toutes les distinctions mettant en jeu un motif de discrimination énuméré ou un motif analogue deviendraient suspectes et devraient être justifiées même lorsqu’elles portent sur des mesures élémentaires et indispensables, comme l’interdiction de conduire faite aux personnes en état d’ébriété : *Andrews*,p. 181-182. Un cadre de cette nature permet de combattre efficacement la discrimination en évitant toutefois la tentation de redéfinir judiciairement des solutions législatives qui ne contreviennent pas à la garantie d’égalité de l’art. 15 : *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357, par. 26. Comme le cadre analytique développé par notre Cour a été débattu, reformulé et enrichi à maintes reprises au cours des deux dernières décennies, il m’apparaît nécessaire d’en résumer l’évolution, pour en dégager la structure actuelle.

(2) La création d’un cadre analytique

a) *Andrews*

1. Dans l’arrêt *Andrews*, la Cour examinait une allégation de violation du par. 15(1) par une disposition législative qui réservait l’admission au Barreau de la Colombie-Britannique aux seuls citoyens canadiens. La Cour a conclu que la disposition portait atteinte au par. 15(1) parce qu’elle excluait une catégorie de personnes de certains types d’emplois au seul motif qu’elles ne possédaient pas la citoyenneté canadienne et ce, sans égard à leurs compétences, qualités ou mérites individuels. Bien qu’il ait été dissident à propos de l’application de l’art. 1, le juge McIntyre a alors mis en place les bases du cadre analytique indispensable lors de l’étude d’une allégation de violation du par. 15(1).
2. Le juge McIntyre reconnaît, d’entrée de jeu, que les différences de traitement entre des individus prévues par la loi ne produiront pas toutes des situations d’inégalité, « [p]as plus qu’une loi sera nécessairement mauvaise parce qu’elle établit des distinctions » : *Andrews*, p. 167; voir également p. 164, 168 et 182. Le juge McIntyre se refuse ainsi à conclure que toute forme d’inégalité entre les personnes humaines est interdite par la *Charte*. Celle-ci constitue plutôt un instrument de lutte contre des formes d’inégalité reconnues comme discriminatoires. En effet, à la lecture de l’art. 15, qui énonce que le droit à l’égalité doit exister « indépendamment de toute discrimination », le juge McIntyre identifie la présence de la discrimination comme l’exigence fondamentale de la mise en œuvre de la protection offerte au par. 15(1). Ainsi, selon le juge McIntyre, le par. 15(1) est réputé contenir sa propre limite ou réserve, puisqu’il ne condamne que les distinctions « discriminatoires » :

Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu’il ne bénéficie pas d’un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu’elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif. [p. 182]

(Voir également *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 33-34, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente.)

1. Le juge McIntyre affirme ensuite que la discrimination, au sens du par. 15(1), porte sur les motifs énumérés dans cette disposition ou sur des motifs qui leur sont analogues. Pour déterminer si un motif de distinction est analogue et peut donc soutenir une allégation de discrimination, il faut en effectuer un examen contextuel portant sur les questions de stéréotype, de désavantage historique et de préjugé qu’il soulève : *Andrews*, p. 180-181; voir également *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 12-13. Cet examen peut aussi inclure la considération de l’appartenance possible du plaignant à une minorité distincte et isolée, souvent défavorisée, comme le sont certains des groupes visés par les motifs énumérés au par. 15(1). C’est ainsi que la discrimination « incarne les pires effets de la dénégation de l’égalité » : *Andrews*, p. 172.
2. Le juge McIntyre ajoute que le par. 15(1) limite les distinctions ou différences de traitement prohibées à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage. Dans l’affaire *Andrews*, la Cour s’entendait pour reconnaître que la disposition législative contestée par le plaignant portait atteinte à l’art. 15 parce qu’elle imposait un fardeau particulier aux non-citoyens. Selon le juge McIntyre, « [c]eux qui n’ont pas la citoyenneté et qui résident légalement en permanence au Canada constituent un bon exemple [. . .] d’une [traduction] “minorité discrète et isolée” visée par la protection de l’art. 15 » : *Andrews*, p. 183. La Cour ne s’est divisée que sur l’application de l’article premier et non sur ce constat d’une atteinte discriminatoire à la garantie d’égalité.

b) *L’évolution d’Andrews à Law*

1. Comme plusieurs auteurs l’ont écrit, les motifs du juge McIntyre laissaient place à une marge d’incertitude quant à ce que constitue un traitement discriminatoire au sens de l’art. 15 : voir notamment P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 55-26; L. B. Tremblay, « Promoting Equality and Combating Discrimination Through Affirmative Action : The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm » (2012), 60 *Am. J. Comp. L.* 181, p. 185; B. J. Cameron, « A Work in Progress : The Supreme Court and the *Charter*’s Equation of Rights and Limits », dans D. M. McAllister et A. M. Dodek, dir., *The Charter at Twenty : Law and Practice 2002* (2002), 31, p. 34; C. D. Bredt et A. M. Dodek, « Breaking the *Law*’s Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33, p. 56; D. G. Réaume, « Discrimination and Dignity » (2003), 63 *La. L. Rev.* 645, p. 652-653.
2. Certains passages de la décision, lus hors de leur contexte, peuvent laisser entendre que toute distinction préjudiciable effectuée sur la base d’un motif énuméré ou analogue constitue une forme de discrimination interdite par l’art. 15. Cependant, le juge McIntyre affirme ailleurs dans ses motifs que « [l]es distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d’un individu le sont rarement » : *Andrews*, p. 174-175 (je souligne). De plus, il indique qu’il ne suffit pas à la cour de décider si le motif allégué en est un qui est énuméré au par. 15(1) ou analogue à ceux-ci pour déceler l’existence de discrimination : *Andrews*, p. 182. Dès lors, le juge McIntyre paraît laisser ouverte la question de la méthode d’identification de ces situations où une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue ne sera pas discriminatoire.
3. Deux réponses distinctes sont données par la Cour à l’occasion de ce que certains appellent « la trilogie de 1995 », soit les arrêts *Miron*, *Egan* et *Thibaudeau c.* *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627. Pour le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major, une différence de traitement préjudiciable n’est discriminatoire que si le motif énuméré ou analogue allégué n’est pas pertinent eu égard aux objectifs législatifs ou aux valeurs sous-tendant la disposition contestée. En conséquence, si le motif justifiant l’exclusion d’un groupe de personnes de certains bénéfices découlant d’une loi est pertinent par rapport aux objectifs et valeurs de la loi contestée, cette exclusion ne sera pas discriminatoire au sens de l’art. 15.
4. Pour les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci, et dans une certaine mesure pour la juge L’Heureux-Dubé, une différence de traitement causant un désavantage au plaignant ne sera discriminatoire que si elle entre en conflit avec l’objectif de l’art. 15. Ces juges expliquent que cet objectif est d’« empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l’imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites, les capacités ou les circonstances » : *Miron*, par. 140, la juge McLachlin. Autrement dit, une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue ne sera discriminatoire que si elle est « contraire au but de l’art. 15 de protéger la dignité humaine » : *Egan*, par. 180, les juges Cory et Iacobucci (dissidents). Pour la juge McLachlin, s’assurer qu’une disposition contrevienne à l’objectif du par. 15(1) avant de la qualifier de discriminatoire évite de banaliser l’art. 15 : *Miron*, par. 131.

c) *La synthèse de Law*

1. En 1999, le juge Iacobucci, pour une Cour unanime, reprend l’essentiel de l’approche adoptée par le juge Cory dans *Egan* et la juge McLachlin dans *Miron*. D’après lui, la Cour reconnaît « qu’il fa[ut] absolument qu’il y ait conflit entre la loi contestée et l’objet du par. 15(1) pour fonder une allégation de discrimination » : *Law*, par. 41. À son avis, « le but [du par. 15(1) est] de préserver la dignité humaine au moyen de l’élimination du traitement discriminatoire » : *Law*, par. 52. Il adopte une démarche analytique fondée sur un concept d’égalité réelle qui ne sera violée que si le traitement différentiel désavantageux prévu par l’État a une incidence négative sur la dignité humaine du demandeur. Sur cette base, l’arrêt *Law* propose un cadre analytique en trois étapes permettant à une cour de se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1).
2. Premièrement, la cour vérifie si la loi a pour objet ou pour effet d’imposer une différence de traitement entre le demandeur et d’autres personnes. Pour répondre à cette question, la cour doit se demander si la loi contestée établit une distinction formelle entre le demandeur et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou si elle omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne en créant ainsi une différence de traitement réelle entre lui et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles. Alors qu’il étudiait la nature de cette différence de traitement dans un autre arrêt, le juge Bastarache a précisé plus tard qu’« il est évident que le juge Iacobucci ne vise que les objets ou effets préjudiciables, puisqu’il est absurde de penser qu’un demandeur puisse prouver qu’un objet ou effet bénéfique ou bénin contrevient au par. 15(1) » : *Gosselin*, par. 243 (souligné dans l’original).
3. Deuxièmement, la cour détermine si la différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés au par. 15(1) ou des motifs analogues.
4. Troisièmement, la cour doit alors étudier si la loi en question a un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d’égalité, en se posant la question suivante :

La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu’elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d’un avantage d’une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l’opinion que l’individu touché est moins capable ou est moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

(*Law*, par. 88(3)(C))

1. Pour répondre à la troisième question et ainsi déterminer si la différence de traitement est réellement discriminatoire et fait intervenir l’objet du par. 15(1), il faut entreprendre un examen contextuel approfondi de la situation visée par l’allégation du demandeur. Cet examen doit se faire du point de vue de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte du contexte pertinent. Bien qu’il incombe au demandeur de faire la preuve par prépondérance des probabilités que la disposition attaquée est réellement discriminatoire, la cour peut prendre connaissance d’office de certains faits ou éléments, tout en se gardant d’admettre, de cette façon, l’existence de phénomènes sociaux qui peuvent être absents en réalité.
2. Le juge Iacobucci identifie quatre facteurs pertinents à l’examen du contexte d’une allégation de discrimination. Selon lui, ces facteurs peuvent se chevaucher, ne sont pas exhaustifs et n’ont pas tous à être évalués dans chaque cas d’allégation d’atteinte au par. 15(1). Ils sont néanmoins utiles pour déterminer si la loi en question est réellement discriminatoire.
3. Le premier facteur contextuel identifié est celui du désavantage préexistant subi par le demandeur ou le groupe auquel il appartient. Ce facteur suggère l’examen d’un possible désavantage historique, d’une vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou le groupe. Selon le juge Iacobucci, « [i]l s’ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l’accentuation de leur caractérisation sociale injuste et aura sur [ces personnes] un effet plus grave puisqu’elles sont déjà vulnérables » : *Law*, par. 63. Toutefois, l’existence d’un désavantage préexistant ne crée pas de présomption à l’effet qu’un traitement préjudiciel à l’égard de personnes historiquement défavorisées soit nécessairement discriminatoire : *Law*, par. 67.
4. Le deuxième facteur est celui de la correspondance, ou de l’absence de celle-ci, entre le ou les motifs sur lesquels l’allégation de discrimination est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou au groupe touché. La reconnaissance de cet élément contextuel est logique parce qu’il sera plus difficile de prouver l’existence d’une atteinte à la dignité d’une personne lorsque la mesure législative en question prend en compte la situation réelle du demandeur, ses besoins ou ses capacités. Dans un arrêt subséquent, la juge en chef McLachlin, pour une majorité de la Cour, formule une précision additionnelle quant à la nature de ce facteur :

Le fait que certaines personnes soient victimes des lacunes d’un programme ne prouve pas que la mesure législative en cause ne tient pas compte de l’ensemble des besoins et de la situation du groupe de personnes touché, ni que la distinction établie par cette mesure crée une discrimination réelle au sens du par. 15(1).

(*Gosselin*, par. 55)

1. Le troisième facteur vise à déterminer si la loi contestée a un objet ou un effet améliorateur pour certains membres de la société. Ainsi, lorsqu’une loi opère des distinctions afin de réduire certaines inégalités qui affectent des groupes défavorisés, elle risque moins d’être considérée comme portant atteinte à la dignité de personnes plus favorisées auxquelles ces mesures ne s’appliquent pas.
2. Le quatrième facteur implique un examen de la nature ou de l’étendue de l’avantage ou du droit dont le demandeur s’estime privé. Le juge Iacobucci explique que « [p]lus les effets des dispositions législatives sont graves et localisés pour le groupe touché, plus il est probable que la différence de traitement à la source de ces effets soit discriminatoire au sens du par. 15(1) » : *Law*, par. 88(9)(D). De tels effets peuvent être observés lorsque la distinction restreint l’accès à une institution sociale fondamentale ou lorsqu’elle nuit à la pleine appartenance à la société canadienne.

 d) *La mise en œuvre de la garantie d’égalité selon les arrêts Kapp et Withler*

1. Près de 10 ans après *Law*, la Cour, dans une opinion rédigée par la juge en chef McLachlin et la juge Abella, revoit la synthèse proposée par le juge Iacobucci : voir *Kapp*. Ce réexamen se poursuit dans l’arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, rendu près de trois ans après *Kapp*, l’opinion unanime de la Cour étant rédigée à nouveau par la juge en chef McLachlin et par la juge Abella.
2. Dans ces deux décisions, la Cour remarque que malgré les modifications apportées à l’analyse requise par l’art. 15 à travers les années, le concept d’égalité réelle est demeuré au cœur du cadre analytique propre à cette disposition : *Kapp*, par. 15. La Cour constate également que bien qu’il ait été enrichi depuis *Andrews*, notamment par le juge Iacobucci dans *Law*, le cadre analytique adopté dans l’arrêt *Andrews* n’a jamais été abandonné : *Kapp*, par. 14. Ensuite, la Cour affirme que l’objectif du par. 15(1) demeure « l’élimination des mesures législatives qui ont pour effet d’imposer ou de perpétuer une inégalité réelle » : *Withler*, par. 40.
3. Gardant à l’esprit l’objet de l’art. 15, soit la promotion de l’égalité réelle, l’arrêt *Kapp* remanie le cadre analytique en trois étapes proposé par *Law*. Il le réaménage en une analyse à deux volets, destinée à déceler l’existence d’une discrimination au sens du par. 15(1). Devant une allégation d’atteinte au par. 15(1), une cour doit dès lors poser les questions suivantes : « (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? » (*Kapp*, par. 17). Une réponse affirmative à chacune de ces questions entraîne la conclusion que la disposition législative attaquée constitue une atteinte à la garantie d’égalité prévue au par. 15(1). La Cour précise que ce cadre en deux volets est « essentiellement le même » que les critères de *Law*, et que ce dernier arrêt confirmait l’approche relative à l’égalité réelle établie dans *Andrews* : *Kapp*, par. 17 et 24.
4. Comme le reconnaît la Cour, la révision du cadre analytique de l’application du par. 15(1) entreprise dans *Kapp* et continuée dans *Withler* réagissait aussi à quelques critiques formulées à propos du cadre proposé par *Law* et de son application subséquente, notamment, au sujet de l’utilisation du critère d’atteinte à la dignité humaine, de la méthode d’application des facteurs contextuels et de l’impératif de comparaison au sein de ce cadre analytique.
5. Au départ, la Cour insiste sur l’importance de la valeur que représente la dignité humaine. Elle affirme qu’« [i]l ne fait aucun doute que la dignité humaine est une valeur essentielle qui sous-tend le droit à l’égalité garanti par l’art. 15 » : *Kapp*, par. 21. Toutefois, elle remarque que ce concept soulève plusieurs difficultés d’application, lorsque l’on tente de l’utiliser comme un critère juridique tel que le prévoyait l’arrêt *Law*. D’une part, la dignité humaine constitue une valeur sous-tendant l’ensemble des droits garantis par la *Charte* : voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136. En ce sens, elle n’est pas pertinente seulement à l’égard de la garantie d’égalité : voir notamment D. Greschner, « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *R. études const.* 291; D. Proulx, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485. D’autre part, comme nous l’avons vu plus haut dans ces motifs, la dignité ne représente pas la seule valeur sous-tendant l’art. 15. Celui-ci y associe notamment des valeurs de liberté et d’autonomie de la personne.
6. Plutôt que de mettre l’accent sur la recherche d’une atteinte à la dignité du plaignant comme facteur indépendant, la Cour propose de concentrer l’analyse sur le contexte de la réclamation afin de déterminer la présence d’une situation de discrimination. À cette occasion, la Cour réaffirme l’importance du contexte et la pertinence des facteurs contextuels expliqués dans *Law*. Ainsi, l’existence d’un désavantage préexistant et la nature du droit touché permettront d’évaluer si la distinction crée un désavantage par la perpétuation d’un préjugé. Le facteur de correspondance entre le ou les motifs sur lesquels l’allégation est fondée et la situation propre au demandeur ou au groupe touché permettra d’évaluer si la distinction crée un désavantage par l’application de stéréotypes : *Kapp*, par. 23. Puis, la Cour attribue deux fonctions principales au facteur d’amélioration mentionné dans *Law*. D’une part, l’objet ou l’effet améliorateur d’une mesure peut venir placer celle-ci sous le coup du par. 15(2), qui protège le droit des gouvernements de mettre en œuvre des programmes spécifiques destinés à aider des groupes défavorisés sans s’exposer à des contestations fondées sur le par. 15(1) : *Kapp*, par. 16. D’autre part, la Cour explique qu’alternativement, « [l]orsque la mesure contestée s’inscrit dans un vaste régime de prestations, [. . .] son effet d’amélioration sur la situation des autres participants et la multiplicité des intérêts qu’elle tente de concilier joueront également dans l’analyse du caractère discriminatoire [sous le par. 15(1)] » : *Withler*, par. 38.
7. Selon la Cour, qu’elle vise à déterminer si un désavantage est perpétué ou si un stéréotype est appliqué,

l’analyse requise par l’art. 15 appelle l’examen de la situation des membres du groupe et de l’incidence négative de la mesure sur eux. Il s’agit d’une analyse contextuelle, non formaliste, basée sur la situation véritable du groupe et sur le risque que la mesure contestée aggrave sa situation.

(*Withler*, par. 37)

La Cour rappelle ainsi que les facteurs contextuels pertinents à cette étape de l’analyse varieront selon la nature de l’affaire. « Dans certains cas, il ne sera pas nécessaire d’examiner expressément chacun des facteurs, alors que dans d’autres, certains facteurs non envisagés dans l’arrêt *Law* seront pertinents pour l’analyse » : *Withler*, par. 66. Tant dans *Kapp* que dans *Withler*, la Cour met en garde contre une application rigide de ces facteurs qui ne tiendrait pas compte de leurs effets concrets dans l’ensemble de leurs contextes social, politique et juridique.

1. La Cour reconnaît également qu’une comparaison entre le groupe auquel appartient le demandeur et d’autres groupes peut s’avérer utile à l’étape de savoir si une distinction existe. Cependant, elle souligne qu’un emploi formaliste ou artificiel de cette méthode peut empêcher de répondre adéquatement à la question soulevée à la deuxième étape de l’analyse, soit celle de déterminer si la loi a un objet ou un effet réellement discriminatoire : *Withler*, par. 62-65. Ainsi, il apparaît qu’une

analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permet pas toujours de détecter l’inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude, de court-circuiter le deuxième volet de l’analyse de l’égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer. Pour toutes ces raisons, il se peut qu’une telle démarche ne permette pas — voire empêche — la reconnaissance de la discrimination à laquelle l’art. 15 est censé remédier.

(*Withler*, par. 60)

1. À cette deuxième étape, la Cour ne doit donc pas s’arrêter à une comparaison formaliste de groupes particuliers. Elle cherchera plutôt à tenir compte de facteurs contextuels pertinents : *Kapp*, par. 22-23. Bien que la comparaison puisse favoriser une meilleure compréhension du contexte, « [l]a valeur probante de la preuve comparative, considérée dans [une] perspective contextuelle, dépendra des circonstances » : *Withler*, par. 65.
2. La Cour reconnaît ainsi l’utilité générale de la comparaison pour évaluer l’existence d’une distinction et pour mieux comprendre le contexte de la situation du demandeur au sein du régime législatif en cause et de la société. Néanmoins, la Cour assouplit la méthode d’utilisation de la perspective comparative, en insistant sur la recherche d’une évaluation de l’impact du régime contesté sur l’égalité réelle. Ce faisant, elle s’éloigne d’une approche analytique comparative rigide et basée sur l’identification de groupes de comparaison qu’avaient adoptée certains de ses arrêts : voir notamment *Hodge*, par. 17. Dès lors, une fois l’existence d’une distinction reconnue, la question principale doit toujours demeurer la même : la distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? Autrement dit, s’il existe une distinction, est-elle discriminatoire? La Cour insiste alors sur l’importance des facteurs que sont la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes. Si elle ne leur attribue pas un rôle exclusif, elle leur reconnaît une fonction cruciale dans l’identification des situations de discrimination et dans le fonctionnement du cadre analytique de l’art. 15.

e) *Le sens et la portée de Kapp et de Withler*

1. Les arrêts *Kapp* et *Withler* ont remanié et apporté d’importantes précisions au cadre analytique régissant la mise en œuvre de la garantie d’égalité prévue au par. 15(1). Cependant, certains auteurs soutiennent que ces arrêts n’ont pas dissipé toute incertitude au sujet des concepts de désavantage, de préjugé et de stéréotype dans ce cadre analytique : S. Moreau, « *R. v.* *Kapp* : New Directions for Section 15 » (2008-2009), 40 *R.D.* *Ottawa* 283, p. 286 et 291-292; J. Koshan et J. W. Hamilton, « Meaningless Mantra : Substantive Equality after *Withler* » (2011), 16 *R. études const.* 31, p. 48-51; Tremblay, p. 188.
2. Dans *Kapp*, la Cour a réitéré le principe fondamental selon lequel « [l]e paragraphe 15(1) vise à empêcher les distinctions discriminatoires ayant un effet négatif sur les membres des groupes caractérisés par les motifs énumérés à l’art. 15 ou par des motifs analogues » : par. 16; *Alberta c.* *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 106. Le vocabulaire employé par la Cour est clair : le par. 15(1) empêche les gouvernements d’établir, sur la base de motifs énumérés ou analogues, des « distinctions discriminatoires ayant un effet négatif » (par. 106 (je souligne)). L’article 15 ne vise pas seulement les lois adoptées avec une intention discriminatoire, mais aussi celles qui ont des effets discriminatoires, même en l’absence d’une telle intention. Le paragraphe 15(1) n’interdit donc les distinctions ayant un effet négatif que si celles-ci sont discriminatoires. Autrement dit, l’effet négatif ou le « désavantage » doit être discriminatoire. Qu’est-ce qu’un désavantage discriminatoire? Comme le prévoit le cadre analytique formulé dans *Kapp*, en règle générale, un désavantage discriminatoire est celui qui perpétue un préjugé ou qui applique un stéréotype :

(1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue?

(2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? [Je souligne; par. 17.]

1. Dans l’arrêt *Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, le juge Rothstein a repris ce cadre d’analyse pour conclure au rejet d’une allégation de violation du droit à l’égalité, dans le contexte des relations entre des communautés autochtones et le gouvernement fédéral. Le juge Rothstein résumait ainsi la position de notre Cour :

La jurisprudence de notre Cour sur le droit à l’égalité établit clairement que toute distinction n’est pas discriminatoire. Le fait que des groupes soient traités différemment ne constitue pas en soi une atteinte aux droits garantis au par. 15(1). Comme notre Cour l’a dit dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 182 (et réaffirmé dans l’arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 28), le plaignant doit démontrer « non seulement qu’il ne bénéficie pas d’un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu’elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif »  (je souligne). La méthode d’analyse établie dans l’arrêt *Andrews* comporte deux volets : premièrement, la loi établit-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et, deuxièmement, la distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? [par. 188.]

1. Ce cadre analytique a été repris par la Cour dans d’autres arrêts récents: *Hutterian*, par. 106; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l’enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181, par. 109 et 150. Dans *Withler*, la Cour explique davantage la nature de ce cadre. Selon cette décision, le demandeur possède habituellement deux voies pour prouver qu’une mesure comportant une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue est « réellement discriminatoire ». D’une part, le demandeur peut démontrer que la mesure contestée perpétue un préjugé à l’égard des membres d’un groupe. D’autre part, il peut établir que le désavantage imposé par une telle mesure repose sur un stéréotype. L’une ou l’autre de ces démonstrations mènera à la conclusion que la mesure attaquée porte atteinte au par. 15(1) : *Withler*, par. 34-36. J’ajoute qu’il surviendra sans doute des cas où le préjugé et le stéréotype seraient tous deux présents et se renforceront.
2. Selon l’arrêt *Kapp*, repris par l’arrêt *Withler*, une distinction discriminatoire est une distinction désavantageuse qui perpétue un préjugé ou applique un stéréotype. J’examinerai la signification et les contours des notions de désavantage, de préjugé et de stéréotype après avoir discuté de l’incertitude découlant de certains passages des arrêts *Kapp* et *Withler*.
3. Je note que quelques passages de *Kapp* et *Withler* emploient un vocabulaire varié dont la lettre s’éloigne du langage utilisé pour décrire la méthode d’analyse recommandée. Notamment, certains de ces passages peuvent suggérer que la preuve d’un désavantage fondé sur un motif énuméré ou analogue puisse à elle seule établir une violation du droit à l’égalité, et ce, sans qu’il soit nécessaire d’établir le caractère discriminatoire du désavantage en démontrant qu’il découle de la perpétuation d’un préjugé ou de l’application d’un stéréotype : voir notamment *Kapp*, par. 25; *Withler*, par. 35, 37, 65 et 71.
4. Il serait inexact de donner une telle portée à ces passages. L’expression « discrimination en perpétuant un désavantage ou un préjugé » comprise au par. 71 de *Withler* (je souligne) n’évoque en fait que l’importance du facteur contextuel de désavantage préexistant pour le repérage de préjugés, au sens de situations où la loi ne reconnaît pas certains individus comme des êtres humains méritant pleinement respect, déférence et considération : *Andrews*, p. 171. Dans l’arrêt *Law*, le juge Iacobucci a expliqué la pertinence de ce lien entre désavantage et préjugé de la façon suivante :

Comme la jurisprudence de notre Cour l’a reconnu de façon constante, le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu’une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d’un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe: voir p. ex., *Andrews*, précité, aux pp. 151 à 153, le juge Wilson, à la p. 183, le juge McIntyre, aux pp. 195 à 197, le juge La Forest; *Turpin*, précité, aux pp. 1331 à 1333; *Swain*, précité, à la p. 992, le juge en chef Lamer; *Miron*, précité, aux par. 147 et 148, le juge McLachlin; *Eaton*, précité, au par. 66. Ces facteurs sont pertinents parce que, dans la mesure où le demandeur se trouve déjà dans une situation injuste ou fait déjà l’objet d’un traitement inéquitable dans la société du fait de caractéristiques ou d’une situation qui lui sont propres, il est arrivé souvent que des personnes dans la même situation n’aient pas fait l’objet du même intérêt, du même respect et de la même considération. Il s’ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l’accentuation de leur caractérisation sociale injuste et aura sur elles un effet plus grave puisqu’elles sont déjà vulnérables. [par. 63]

1. Ainsi, l’existence d’un désavantage préexistant ou historique facilitera la preuve éventuelle d’un préjugé ou d’un stéréotype. Cependant, l’existence ou la perpétuation d’un désavantage ne saura, à elle seule, rendre une distinction discriminatoire. Des commentaires de la juge en chef McLachlin, dans un arrêt récent, résument plus clairement la nécessité du lien qui doit exister entre désavantage et préjugé d’une part, ou entre désavantage et stéréotype de l’autre :

Les lois et les actes gouvernementaux qui perpétuent un désavantage et un préjugé, ou qui imposent à certains individus ou groupes un traitement préjudiciable fondé sur des stéréotypes, violent le par. 15(1) et sont invalides, dans la mesure où ils ne sont pas justifiés au regard de l’article premier de la *Charte* : *Kapp*; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396. [Je souligne.]

(*Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 39)

1. L’interprétation selon laquelle il ne peut y avoir, en règle générale, de réelle discrimination sans préjugé ou stéréotype, et ce, malgré l’existence d’un désavantage, respecte la jurisprudence de notre Cour sur le sens et l’application du par. 15(1). Comme l’a déjà affirmé la juge en chef McLachlin, « toute distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré ou analogue ne constitue pas une mesure discriminatoire » : *Gosselin*, par. 21. Plus récemment, le juge Rothstein précisait que « même si la loi [. . .] crée de ce fait un désavantage, elle ne porte atteinte aux droits garantis au par. 15(1) que lorsque ce désavantage est discriminatoire, c’est-à-dire s’il perpétue un préjugé ou l’application de stéréotypes » : *Ermineskin*, par. 192.
2. Cette position correspond également à la conception de l’égalité réelle que retient notre Cour et dont la promotion « emporte favoriser l’existence d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération » : *Kapp*, par. 15, citant *Andrews*, p. 171; voir également Tremblay, p. 189-192. Dans le cadre du par. 15(1), cette promotion de l’égalité réelle passe par l’élimination de la discrimination. La question centrale n’est pas celle de savoir si une personne reçoit moins qu’une autre, mais plutôt si celle-ci obtient moins qu’une autre en raison de préjugés ou de stéréotypes. L’essence du mal ou de l’injustice que le par. 15(1) tente de combattre se situe là. Comme l’exprime la professeure Moreau,

[traduction] [a]ucune théorie plausible de l’égalité ne considère qu’un traitement inégal est répréhensible du seul fait que certaines personnes reçoivent plus ou moins que d’autres. Au contraire, selon de telles théories, un traitement inégal est répréhensible lorsqu’il est injuste, et dans la mesure de cette injustice.

(« The Wrongs of Unequal Treatment » (2004), 54 *U.T.L.J.* 291, p. 293)

1. Ainsi, l’égalité réelle n’est pas violée par la seule imposition d’un désavantage. Elle est niée par l’imposition d’un désavantage injuste ou répréhensible, ce qui se produit, le plus souvent, lorsque ce désavantage perpétue un préjugé ou applique un stéréotype :

[traduction] La discrimination ne constitue pas, à nos yeux, n’importe quelle sorte de traitement différent, mais plutôt un type particulier de traitement différent; faire l’objet de discrimination, ce n’est pas seulement se voir priver de quelque chose que d’autres personnes possèdent, mais d’en être privé de manière répréhensible ou injuste.

(S. Moreau, « The Promise of *Law v. Canada* » (2007), 57 *U.T.L.J.* 415, p. 426)

1. En dernier lieu, je tiens à apporter une précision additionnelle au principe de « désavantage par la perpétuation d’un préjugé ». L’usage du terme « perpétuation » pourrait laisser entendre qu’il soit nécessaire qu’un préjugé ait une origine historique afin qu’une discrimination existe au sens du par. 15(1) : voir notamment Koshan et Hamilton, p. 51.
2. Une telle conception est inexacte. Bien qu’il soit utile de démontrer l’existence de préjugés ayant historiquement affecté certains individus ou des catégories de personnes afin d’établir que la loi contestée impose actuellement un désavantage par la perpétuation d’un préjugé, une telle démonstration n’est pas obligatoire. Comme l’expliquait le juge Iacobucci aux par. 65-67 de *Law*, les facteurs contextuels historiques de vulnérabilité, d’exposition passée à des préjugés ou des stéréotypes et de désavantage préexistant sont utiles. Leur absence n’empêche cependant pas qu’une disposition législative soit actuellement empreinte de préjugés. D’autre part, pour évaluer adéquatement l’impact de la mesure désavantageuse sur l’égalité réelle, la preuve de discrimination doit, dans la plupart des cas, se concentrer sur les effets négatifs à la date de la demande, plutôt qu’à celle de l’entrée en vigueur de la mesure contestée : voir notamment Réaume, p. 687. De plus, les préjugés historiques peuvent changer; certains disparaissent, d’autres peuvent apparaître. La notion d’immutabilité sur laquelle s’appuient mes collègues les juges Deschamps et Abella, dans leurs opinions respectives, notamment à partir de l’arrêt *Corbiere*,n’est pas synonyme d’éternité. Bien que cette notion d’immutabilité puisse souligner la durabilité de certains facteurs de discrimination, son usage ne peut négliger l’extrême diversité de ces facteurs et des situations sociales. La notion d’immutabilité n’implique pas que les facteurs de discrimination ne sauraient jamais évoluer ou disparaître, surtout lorsqu’ils sont liés à des usages ou comportements sociaux susceptibles de se modifier, comme on le constate à l’examen des attitudes de la société québécoise à l’égard des unions de fait.
3. De plus, le recours à ces facteurs contextuels évolutifs dans l’analyse d’une allégation particulière de violations du droit à l’égalité ne signifie pas que le motif de distinction admis ou rejeté dans ce cas précis ne puisse être invoqué dans une autre situation. Le contexte demeure critique et doit être pris en compte chaque fois puisque la reconnaissance de tels facteurs a lieu « en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société » : *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1332, la juge Wilson, renvoyant alors à ses motifs dans *Andrews*, p. 152. Le caractère contextuel de ces facteurs signifie qu’ils sont susceptibles d’évoluer avec le contexte social où ils se situent et qui les fait apparaître.
4. Dans l’arrêt *Corbiere*,l’opinion de la majorité de la Cour souligne le sens et les limites du concept d’immutabilité des indicateurs de discrimination. La présence d’un tel indicateur ne signifie pas qu’il y a nécessairement discrimination. Selon les juges McLachlin et Bastarache, la décision de catégoriser une caractéristique comme un motif analogue indique plutôt au tribunal qu’il doit examiner la situation au regard de l’art. 15. À ce propos, les juges McLachlin et Bastarache faisaient remarquer dans l’arrêt *Corbiere* : « Affirmer qu’un motif de distinction est un motif analogue ne fait qu’indiquer qu’un certain processus décisionnel est suspect parce qu’il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l’égalité réelle. Tout comme les distinctions fondées sur des motifs énumérés, celles qui reposent sur des motifs analogues peuvent fort bien ne pas être discriminatoires » (par. 8).

(3) Synthèse du cadre analytique

1. À la lumière des présents motifs, et sous réserve de mes commentaires quant au rôle crucial mais non exclusif de l’existence d’un préjugé ou d’un stéréotype, une cour analysant la validité d’une allégation d’atteinte au par. 15(1) devra traiter des questions suivantes : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes?
2. Il incombe ainsi au demandeur de prouver par prépondérance des probabilités que a) la loi crée une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue et que b) ce désavantage est discriminatoire parce (i) qu’il perpétue un préjugé ou (ii) qu’il applique un stéréotype. En raison de leur importance fondamentale dans la mise en œuvre de l’art. 15, j’examinerai ici les notions clés de « désavantage », de « préjugé » et de « stéréotype » afin de décrire plus précisément le cadre juridique de leur utilisation.

a) *Distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue*

1. Dans l’arrêt *Andrews*, le juge McIntyre adopte immédiatement une définition large des distinctions désavantageuses fondées sur un motif énuméré ou analogue et susceptibles d’être qualifiées de discriminatoires. Selon lui, il s’agit

[d’]une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société. [p. 174]

1. Le juge Iacobucci, dans *Law*, reprend cette définition en précisant qu’un désavantage découlant d’une restriction d’accès à des avantages peut exister lorsque la mesure omet « de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles » : par. 39. Par exemple, comme l’illustre l’arrêt *Eldridge*, omettre de tenir compte du fait que certaines personnes atteintes de surdité ne peuvent bénéficier de services de santé étatiques de qualité adéquate sans l’aide de services d’interprètes constitue une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré, soit la déficience physique.
2. Ainsi, le demandeur peut démontrer que la mesure contestée crée directement une distinction en imposant des restrictions ou des désavantages sur la base d’un motif énuméré ou analogue : voir notamment *Miron*, par. 131; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 52; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 10. Il en est de même lorsque la mesure restreint l’accès à une institution sociale fondamentale (*Law*, par. 74), ou impose des obligations qui ne s’appliquent pas à d’autres (*Withler*, par. 62). Le demandeur peut également faire état d’une distinction par effet indirect lorsque la mesure, « bien qu’elle prévoie un traitement égal pour tous, [. . .] a un effet négatif disproportionné sur un groupe ou une personne identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues » : *Withler*, par. 64. Les comparaisons, s’il en est, peuvent contribuer, à cette étape, à démontrer l’existence d’une distinction désavantageuse.
3. Une fois établie l’existence d’une distinction désavantageuse, le tribunal doit déterminer si celle-ci est fondée sur un motif énuméré ou analogue. Ces motifs constituent des « indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle » : *Corbiere*, par. 8; voir aussi *Lavoie*, par. 2 et 41. Comme je l’ai souligné plus tôt, leur utilisation rend suspecte une mesure législative désavantageuse, mais n’établit pas automatiquement le caractère discriminatoire d’une telle mesure. La jurisprudence de notre Cour souligne que ces motifs correspondent à des caractéristiques personnelles qu’il est impossible de changer ou qui sont modifiables seulement à un prix inacceptable, à l’égard de l’identité personnelle du demandeur : *Corbiere*, par. 13; *Withler*, par. 33.
4. Si le tribunal conclut que la mesure gouvernementale contestée établit une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue, il entreprend alors un examen du contexte et des faits propres à l’affaire pour déterminer si cette distinction est discriminatoire parce qu’elle porte atteinte à l’égalité réelle en perpétuant un préjugé ou en appliquant un stéréotype : *Withler*, par. 34. L’identification de facteurs contextuels pertinents permettra ici de faciliter le repérage d’atteintes de cette nature. Je rappelle qu’à cette deuxième étape, la comparaison entre le demandeur et d’autres personnes, bien qu’elle ne soit pas indispensable, pourra favoriser une meilleure compréhension du contexte de l’allégation de discrimination : *Withler*, par. 65.

b) *Perpétuation d’un préjugé*

1. La première façon de prouver l’inégalité réelle — soit la discrimination — est de démontrer que la mesure désavantageuse contestée, dans son objet ou son effet, perpétue un préjugé à l’égard des membres d’un groupe en raison de caractéristiques personnelles visées par le par. 15(1) : *Withler*, par. 35. Une telle mesure sera jugée discriminatoire lorsqu’elle « perpétue ou favorise l’opinion que l’individu concerné est moins capable, ou moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou que membre de la société canadienne » : *Law*, par. 51. J’attache une importance particulière à cette analyse parce qu’elle réussit le plus souvent à identifier les phénomènes de discrimination que vise l’art. 15. Elle fournit un cadre d’intervention lors de l’examen judiciaire de ces phénomènes, sans verser dans le subjectivisme total. Je n’écarte pas que, théoriquement, d’autres phénomènes d’exclusion puissent mal se situer dans ce cadre d’analyse. En pratique, ils paraissent difficiles à identifier sans restreindre l’application de l’art. 15 au simple constat de désavantages reliés à des motifs prohibés et sans écarter l’examen de la discrimination proprement dite. Ce pourrait être une autre conception du droit à l’égalité garanti par l’art. 15. Ce n’est pas celle que notre Cour a adoptée depuis l’arrêt *Andrews*.
2. Dès lors, une distinction désavantageuse sera discriminatoire par la perpétuation d’un préjugé lorsqu’elle dénote une attitude ou une opinion a priori défavorable à l’égard d’une personne basée sur la présence d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1) ou analogues à celles-ci. Une distinction désavantageuse peut aussi être incompatible avec l’art. 15 lorsqu’elle a un effet discriminatoire, même en l’absence de toute volonté de discrimination. Puisque l’égalité exprime les valeurs d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui ont droit au même respect, la perpétuation d’une telle opinion défavorable porte atteinte à l’égalité réelle.
3. Ainsi, lorsque l’État défavorise directement ou indirectement certaines personnes partageant une de ces caractéristiques personnelles immuables ou modifiables à un prix inacceptable, il est possible qu’une opinion défavorable soit exprimée consciemment ou inconsciemment par cette action. Cependant, l’État peut traiter des individus ou des groupes différemment. Il est aussi acquis qu’il peut, par exemple, accorder des avantages ou imposer des désavantages selon les mérites et capacités des individus. En vertu du par. 15(2), l’État peut aussi mettre en œuvre des programmes spécifiques destinés à aider des groupes défavorisés. Cependant, il lui est interdit d’accorder plus de respect et de considération à certains individus du simple fait qu’ils partagent une caractéristique personnelle énumérée ou analogue.
4. Denise G. Réaume a décrit de manière plus précise le sens de la notion de préjugé, ainsi que la nature du préjudice découlant de son expression ou de sa perpétuation :

[traduction] Une distinction établie par la loi et fondée sur des préjugés a pour effet de nier un avantage à un groupe, et ce, par animosité ou par mépris. Une telle distinction évoque directement l’idée que ces personnes sont inférieures et inégales sur le plan moral. Un préjugé exprimé législativement nie un avantage dans le but de causer du mal aux personnes visées. Il traite de ce fait les membres d’un groupe comme des individus dotés d’attributs intrinsèquement négatifs, plutôt que de qualités morales intrinsèques. Pareil traitement a non seulement pour effet de priver ces personnes de l’avantage concret en question, mais aussi, par le fait même, de les considérer indignes du respect fondamental auquel a droit tout individu. . .

Les préjugés ont pour effet d’attribuer une valeur négative à des caractéristiques personnelles qui constituent des aspects importants de l’identité; ils attaquent ainsi le sens du moi de leurs victimes. L’identité personnelle comporte à la fois un aspect individuel et un aspect social. Les caractéristiques que les gens considèrent importantes à l’égard de leur moi tendent également à être celles par lesquelles ils se définissent en tant qu’individus et s’identifient au groupe. Cette association à un groupe importe autant pour l’identité de la personne que toute conception strictement individuelle du moi. Ce n’est que par le truchement de nos interactions avec autrui que nous développons notre sens du moi, et nos interactions les plus intimes et les plus formatrices sont fréquemment celles que nous avons avec des personnes partageant une identité culturelle ou ethnique qui les distingue d’autres regroupements analogues dans la société. Notre histoire sociale et politique nous révèle d’ailleurs que c’est précisément cet aspect de l’identité qui tend souvent à être la cible du mépris; des *personnes* se sont vu refuser le respect en raison d’une caractéristique qui les identifie à un *groupe* déprécié. [En italique dans l’original; p. 679-680.]

1. Comme je le souligne plus haut, il n’est pas nécessaire que l’imputation d’une valeur inférieure à des individus soit intentionnelle pour qu’elle soit considérée comme une violation du par. 15(1). Parfois, on arrive à découvrir une intention qui exprime des préjugés de la part de l’État et de ses agents. Cependant, une semblable intention n’existe pas dans toutes les situations de discrimination, loin de là.
2. Ainsi, sans le vouloir, un gouvernement pourrait mettre en place des mesures qui véhiculent une image sociale négative de certains membres de la société. Cette situation pourrait se produire lorsque le gouvernement privilégie certains individus au détriment d’autres personnes parce que celles-ci partagent une caractéristique énumérée ou analogue. De telles mesures exprimeraient ou perpétueraient un préjugé négatif sur des personnes, parce qu’elles établissent entre elles une hiérarchie de valeur pour des motifs de discrimination interdits, tels que le sexe ou l’orientation sexuelle. La recherche de ces préjugés nécessitera un examen contextuel qui pourrait notamment tenir compte des désavantages qu’ont subis des groupes définis par une caractéristique personnelle commune.
3. De plus, des règles en apparence neutres (parce que n’établissant pas de distinctions évidentes) peuvent aussi traiter certains individus comme des citoyens de seconde classe dont les aspirations ne méritent pas la même considération. Comme l’écrit Réaume, [traduction] « [d]es institutions et programmes publics façonnés, même inconsciemment, à l’image du groupe dominant communiquent le message que les personnes n’appartenant pas à ce groupe n’ont pas droit, elles aussi, de participer à la société et à ses entreprises, et qu’elles ne sont pas, elles aussi, membres de ses institutions » : p. 686. Le désavantage découlant de l’exclusion exprime et perpétue alors un préjugé défavorable à l’endroit de certaines personnes.
4. Par exemple, notre Cour, dans l’arrêt *Eldridge*, a considéré que l’absence de services d’interprète pour les personnes atteintes de surdité dans le régime public de soins de santé les traitait comme des personnes de moindre valeur, et ce, sans que l’État ait eu l’intention de les dévaloriser. Dans cette affaire, le désavantage ne reposait pas sur l’application de stéréotypes. Il véhiculait plutôt une image dépréciée des personnes atteintes de surdité en ne les reconnaissant pas comme des êtres humains méritant de participer pleinement à la société canadienne. L’État leur imposait dès lors un désavantage exprimant un préjugé. L’extrait suivant d’*Eldridge* illustre comment une mesure qui n’applique pas de stéréotypes peut tout de même devenir discriminatoire lorsqu’elle exprime un préjugé en privant certaines personnes d’une pleine participation à un aspect fondamental de la vie en société, en raison de leur déficience :

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l’attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. Dans le cas d’une déficience, c’est l’un des objectifs. L’autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l’empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence. L’exclusion de l’ensemble de la société découle d’une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs « de l’ensemble » auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. Qu’il s’agisse de l’impossibilité pour une personne aveugle de réussir un examen écrit ou du besoin d’une rampe pour avoir accès à une bibliothèque, la discrimination ne consiste pas dans l’attribution de caractéristiques fausses à la personne handicapée. La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d’une rampe d’accès. C’est plutôt l’omission de fournir des moyens raisonnables et d’apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n’entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. L’enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur « l’attribution de caractéristiques stéréotypées », dans son acception courante, est tout simplement inappropriée dans le cas présent. Elle peut être considérée plutôt comme un cas d’inversion d’un stéréotype qui, en ne tenant pas compte de la condition d’une personne handicapée, fait abstraction de sa déficience et la force à se tirer d’affaire toute seule dans l’environnement de l’ensemble de la société. C’est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l’adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l’objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience. [par. 65]

(Citant *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, par. 67.)

1. Comme je le rappelle précédemment, l’examen de l’expression ou de la perpétuation de préjugés pourrait notamment tenir compte de la nature ou de l’étendue de l’avantage ou du droit dont le demandeur s’estime privé. Est-ce que la distinction restreint l’accès à une institution sociale fondamentale ou nuit à la pleine appartenance à la société canadienne? Une réponse affirmative pourrait révéler que la mesure gouvernementale véhicule un préjugé, c.-à-d. une opinion moindre ou dévalorisante à l’endroit de certaines personnes, ou a l’effet de perpétuer un préjugé. L’arrêt *Eldridge* constitue un exemple d’une situation de cette nature, comme je l’ai mentionné.

 c) *Application d’un stéréotype*

1. Dans la grille d’analyse que je recommande ici, la deuxième façon d’établir l’inégalité réelle — soit la discrimination — consiste à « démontrer que le désavantage imposé par une mesure législative repose sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables du demandeur ou du groupe » : *Withler*, par. 36. Une mesure de cette nature sera discriminatoire parce qu’elle est fondée sur des caractéristiques ou situations personnelles étrangères aux besoins, capacités ou mérites de la personne : *Law*, par. 53. Ainsi, les mesures législatives qui reposent sur une caractérisation inexacte d’un individu ou d’un groupe sur la base de motifs inadmissibles selon le par. 15(1) deviennent elles-mêmes arbitraires : voir notamment Moreau, « The Wrongs of Unequal Treatment », p. 298.
2. Quelques commentaires de Réaume contiennent une description intéressante de la nature des stéréotypes négatifs et de leurs conséquences sur le droit à l’égalité :

 [traduction] Un stéréotype constitue une généralisation inexacte à l’égard des caractéristiques ou attributs des membres d’un groupe, généralisation qui date habituellement d’une époque où les rapports sociaux reflétaient plus ouvertement le mépris pour la valeur morale d’un groupe. [. . .] Des caractéristiques négatives telles que l’absence d’intelligence, la paresse, l’aptitude à certaines activités plutôt qu’à d’autres, la prédisposition au crime, l’avarice et le vice — autant de caractéristiques que l’on retrouve en fait dans l’ensemble de la race humaine — sont injustement attribuées de façon prédominante aux membres d’un groupe particulier. C’est alors la caractéristique négative qui devient l’objet du mépris. Néanmoins, des présomptions et des stéréotypes inexacts à propos des capacités, des besoins ou des aspirations d’un groupe donné sont susceptibles de perpétuer de vieilles idées assimilant les membres de ce groupe à des citoyens de deuxième ordre, même si ce n’était pas là l’intention du législateur. Il se peut que les manifestations d’hostilité ouverte se soient estompées par suite du passage du temps ou de la « normalisation » de telles attitudes, mais le message implicite selon lequel les personnes à qui le stéréotype est appliqué valent moins que les autres demeure.

Une fois que cette perception du groupe est bien ancrée, d’autres personnes risquent de traiter défavorablement les membres de ce groupe, sur la foi d’une conviction sincère que c’est tout ce qu’ils méritent, ou encore tout simplement parce que c’est ainsi que tout le monde les traite, sans jamais penser à l’insulte que cela suppose. Il est même possible que ces personnes considèrent leur conduite — comme c’est le cas pour certaines pratiques sexistes traditionnelles — comme un geste positif visant à tenir compte des « lacunes naturelles » du groupe visé par le stéréotype. Or, ni l’absence de mépris subjectif, ni un paternalisme bien intentionné n’empêchent l’application d’un stéréotype d’avoir pour effet de violer la dignité. Le fait pour une personne de se voir refuser des avantages ou des possibilités dont jouissent d’autres personnes, et ce, pour le motif — erroné — qu’en raison de certains attributs les membres de son groupe sont moins dignes de ces avantages que d’autres personnes ou encore sont moins aptes que celles‑ci à profiter de ces possibilités peut difficilement ne pas être considéré comme une expérience abaissante, car un tel traitement *est* abaissant. Le message que transmet une mesure législative de cette nature est que les membres de ce groupe sont inférieurs ou moins capables que d’autres, et le message en question risque, à son tour, de renforcer des attitudes sociales attribuant une fausse infériorité au groupe en question. [En italique dans l’original; p. 681-682.]

1. Toujours fidèle à une approche contextuelle, la recherche de l’existence de stéréotypes peut bénéficier d’un examen de la correspondance, ou de l’absence de correspondance, entre les motifs sur lesquels l’allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propre du demandeur ou du groupe touché. Ainsi, dans l’arrêt *M. c. H.*, l’identification et le rejet de certains stéréotypes avaient permis à la Cour de conclure à l’invalidité d’une loi qui n’ouvrait les recours alimentaires qu’aux conjoints de sexe différent. La loi en question exprimait le stéréotype négatif que les personnes de même sexe étaient incapables de former des unions intimes marquées par l’interdépendance financière semblables à celles formées par les couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle. De ce fait, la loi contestée portait atteinte au par. 15(1).

 d) *Sommaire récapitulatif*

1. Conformément au cadre général d’analyse établi pour l’application du par. 15(1) de la *Charte*, le demandeur dispose donc de deux méthodes pour démontrer qu’une mesure établissant une distinction sur la base d’un motif énuméré ou analogue est discriminatoire. D’une part, le demandeur peut établir que la mesure désavantageuse contestée perpétue un préjugé à l’égard des membres d’un groupe. D’autre part, il peut prouver que le désavantage imposé par une telle mesure repose sur un stéréotype. Deux commentaires s’imposent à propos de ces méthodes.
2. D’abord, le fait que l’une ou l’autre de ces démonstrations mènera à la conclusion que la mesure attaquée porte atteinte au par. 15(1) reconnaît que le constat d’une situation de discrimination ne dépend pas seulement de l’existence de stéréotypes : *Gosselin*, par. 116, la juge L’Heureux-Dubé; *Lavoie*, par. 52, le juge Bastarache. La discrimination peut également résulter de la présence de mesures désavantageuses exprimant ou perpétuant un préjugé. La Cour reconnaît ainsi explicitement l’insuffisance d’une démarche *uniquement* basée sur les stéréotypes qu’ont critiquée plusieurs auteurs : voir notamment M. Young, « Blissed Out : Section 15 at Twenty », dans S. McIntyre et S. Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 45, p. 59; G. Brodsky, « Case Comment : *Gosselin* v. *Quebec (Attorney General)* : Autonomy with a Vengeance » (2003), 15 *R.F.D.* 194, p. 212; M. Young, « Unequal to the Task : “Kapp”ing the Substantive Potential of Section 15 », dans S. Rodgers et S. McIntyre, dir., *The Supreme Court of Canada and Social Justice : Commitment, Retrenchment or Retreat* (2010), 183, p. 204-209.
3. Ensuite, l’existence de ces deux méthodes, qui permettent d’établir que la mesure attaquée porte atteinte au par. 15(1), oriente aussi l’usage du facteur contextuel de correspondance entre le ou les motifs de discrimination sur lesquels l’allégation est fondée et la situation propre au demandeur ou au groupe touché. Dorénavant, il apparaît plus clairement que ce facteur permet d’évaluer si la distinction crée un désavantage par l’application de stéréotypes : *Kapp*, par. 23. Toutefois, la Cour reconnaît aussi que ce facteur peut s’avérer inadéquat pour déceler l’expression ou la perpétuation de préjugés. En effet, malgré l’existence de liens fréquents entre préjugé et stéréotype, un demandeur pourra aussi démontrer que la mesure contestée exprime ou perpétue un préjugé en insistant sur d’autres éléments contextuels étrangers au facteur de correspondance. La Cour admet alors que le facteur de correspondance ne représente qu’un des multiples éléments capables de démontrer l’existence d’une inégalité réelle. D’ailleurs, certains auteurs avaient par le passé regretté une approche trop dépendante de l’emploi du facteur de correspondance au détriment d’autres facteurs contextuels : voir notamment B. Ryder, C. C. Faria et E. Lawrence, « What’s *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions » (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103, p. 120-125.

G. *Walsh — La portée précédentielle de l’arrêt*

(1) La nature de l’arrêt

1. L’évolution de la jurisprudence de la Cour sur le droit à l’égalité soulève maintenant le problème de la portée et de l’application d’un arrêt important rendu au sujet de la mise en œuvre des droits à l’égalité des conjoints de fait. En effet, dans l’arrêt *Walsh*, décidé quelques années avant *Kapp* et *Withler*, notre Cour a dû se prononcer sur une allégation de violation du par. 15(1) à l’occasion de l’examen d’une loi de la Nouvelle-Écosse sur les droits matrimoniaux des époux. La Cour était alors saisie d’une contestation de la validité de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 275 (« *MPA* »), au regard du par. 15(1) de la *Charte*. La *MPA* réglait les conséquences de la rupture du mariage en prévoyant une présomption de partage égal des biens matrimoniaux entre les ex-conjoints. La *MPA* régissait le partage des biens dont l’un des conjoints avait fait l’acquisition, avant ou pendant le mariage, et établissait les lignes directrices servant à déterminer si le bien restait toujours un bien propre à chacun des époux ou s’il devenait la propriété commune des parties. Cette loi ne visait toutefois pas l’obligation alimentaire entre les conjoints, en cas d’échec du mariage. À l’alinéa 2g), la *MPA* définissait le terme [traduction] « conjoint » en ne faisant référence qu’à un homme et une femme unis par les liens du mariage. Elle avait donc pour effet d’exclure les conjoints de sexe opposé qui cohabitaient sans être mariés.
2. Selon la demanderesse, dans l’affaire *Walsh*, la *MPA*, en ne réservant l’application de la présomption de partage égal qu’aux seuls couples mariés, opérait une discrimination sur la base d’un motif analogue, soit l’état matrimonial. Dès lors, la Cour devait décider si l’omission des couples non mariés de sexe opposé du champ d’application de la *MPA* contrevenait au par. 15(1).
3. Au nom d’une majorité de la Cour, le juge Bastarache conclut que la distinction entre conjoints de fait et conjoints mariés n’est pas discriminatoire et ne porte donc pas atteinte au par. 15(1). Le juge Gonthier ajoute quelques commentaires sur la nature contractuelle du mariage et sur sa place fondamentale au sein de la société. Dissidente, la juge L’Heureux-Dubé estime que les couples mariés et les couples non mariés sont fonctionnellement identiques. En conséquence, elle conclut que cette exclusion des couples non mariés du champ d’application de la *MPA* est discriminatoire et que cette discrimination ne peut être justifiée sous l’article premier de la *Charte*. En raison de l’importance de cet arrêt, j’en résumerai les fondements. Je discuterai ensuite de la pertinence de l’opinion du juge Bastarache à l’égard des pourvois dont notre Cour est saisie.

(2) Les bases de l’opinion du juge Bastarache

1. Le juge Bastarache analyse la position de la demanderesse en appliquant le cadre en trois étapes élaboré quelques années plus tôt par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law*. Il se demande d’abord si la *MPA* établit une différence de traitement entre la demanderesse et d’autres personnes. Il recherche ensuite si la différence de traitement est fondée sur un motif énuméré ou analogue. Finalement, il examine si la loi en question a un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d’égalité. Elle mérite une telle qualification lorsqu’elle impose un fardeau à la demanderesse ou la prive d’un avantage d’une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Il en va de même lorsque la loi, par ailleurs, a pour effet de perpétuer ou de favoriser l’opinion que la demanderesse ne mérite pas le même respect que les autres membres de la société canadienne. L’analyse du juge Bastarache se fonde alors sur la recherche de l’égalité réelle, qui inspirait l’arrêt *Law* et la jurisprudence de notre Cour depuis l’arrêt *Andrews*.Son approche s’inscrit dans la continuité de cette jurisprudence.
2. En premier lieu, le juge Bastarache reconnaît que la *MPA* crée une différence de traitement au sens du par. 15(1) parce qu’elle ne s’applique qu’aux personnes mariées légalement à l’exclusion des conjoints de fait. Cette différence de traitement, comme l’admettait en l’espèce le procureur général de la Nouvelle-Écosse, est basée sur le motif analogue qu’est l’état matrimonial. Le juge Bastarache passe donc à la troisième étape du cadre analytique de *Law*. Il se demande alors « si un conjoint hétérosexuel non marié raisonnable estimerait, compte tenu de tous les facteurs contextuels pertinents, que la *MPA* porte atteinte à sa dignité en ne l’incluant pas dans son champ d’application » : *Walsh*, par. 38. À cette étape de l’analyse, le juge Bastarache effectue une évaluation contextuelle de l’argument avancé par la demanderesse.
3. Le juge Bastarache admet que les conjoints non mariés ont été désavantagés historiquement, ont été victimes de préjugés sociaux et ont été lésés par l’application de stéréotypes divers. Cependant, il considère que le texte de la *MPA* alors en vigueur tient adéquatement compte de la situation de la demanderesse. La *MPA* reflète les différences entre l’union de fait et le mariage. Elle respecte l’autonomie et la dignité fondamentale des conjoints de fait. Pour le juge Bastarache, malgré l’existence de similitudes fonctionnelles entre les conjoints de fait et les conjoints mariés, une différence fondamentale permet de distinguer les deux groupes.
4. Sur ce point, le juge Bastarache rappelle que la *MPA* assimile tous les mariages à une association économique et modifie ainsi considérablement l’état antérieur des droits et obligations patrimoniaux des personnes mariées. Ces droits, obligations et restrictions légales naissent au moment du mariage et subsistent pendant toute sa durée jusqu’à la séparation ou au décès. Selon le juge Bastarache, « [l]a décision de se marier, qui requiert obligatoirement le consentement de chaque époux, implique leur consentement à être assujettis au régime de propriété établi par la *MPA* » : *Walsh*, par. 48. Il s’agit là d’une différence fondamentale entre les couples mariés et les couples non mariés; les premiers ont choisi de se soumettre à la *MPA*, les seconds n’ont pas exprimé de volonté consensuelle à cet égard.
5. D’autre part, les conjoints de fait ne voulant pas se marier, mais désireux de modifier leurs droits et obligations en matière de propriété, disposent d’alternatives diverses afin de manifester clairement leur accord. Ils peuvent devenir copropriétaires de certains biens ou conclure un contrat familial susceptible d’exécution en application de la *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160 (« *MCA* »), par. 52(1), et de la *Maintenance Enforcement Act*, S.N.S. 1994-1995, ch. 6 (« *MEA* »), al. 2(e). Le juge Bastarache prend également note de la récente *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, ch. 29 (« *LRA* »), comme élément contextuel. Selon la *LRA*, les conjoints de fait qui décident d’enregistrer leur union sous la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 494, se soumettent ainsi à la *MPA*. Dès lors, les conjoints de fait désireux d’éviter l’application du principe général selon lequel les personnes qui ne prennent pas de mesure consensuelle conservent leur droit de disposer de leurs biens comme bon leur semble jouissent de plusieurs options pour ce faire. Sur cette base, le juge Bastarache affirme que les mesures législatives correspondent au libre choix des intéressés et à leur situation réelle :

On peut donc dire que la *MPA* crée un régime de partage des biens conçu pour les personnes qui ont pris, mutuellement, une mesure concrète pour s’en prévaloir. À l’inverse, la loi exclut de son champ d’application les personnes qui n’ont pris aucune mesure en ce sens. En exigeant qu’il existe un consensus, exprimé par le mariage ou par l’enregistrement d’une union civile, on ne respecte pas moins, mais davantage l’autonomie et l’autodétermination des couples vivant en union libre, de même que leur faculté de vivre dans une forme d’union qu’ils ont eux-mêmes façonnée. Dans *Law*, par. 102, le juge Iacobucci a affirmé que « [l]a loi ne fonctionne pas au moyen de stéréotypes mais au moyen de distinctions qui correspondent à la situation véritable des personnes qu’elle vise. »

(*Walsh*, par. 50)

1. Ainsi, le juge Bastarache estime que ce n’est pas un stéréotype que de considérer que les couples en union de fait ont choisi de se soustraire au régime du mariage : *Walsh*, par. 43. La grande hétérogénéité de ce groupe ne permet pas de soutenir une position selon laquelle, malgré l’absence d’expression d’une volonté commune d’altérer leur régime de propriété, les conjoints de fait aient tout de même choisi implicitement de se soumettre à la *MPA*. Dès lors, aucune règle constitutionnelle n’oblige le législateur à étendre la portée de la *MPA* pour régir les couples n’ayant pas exprimé de consentement à des restrictions à leur faculté de disposer de leurs propres biens pendant la durée de l’union ou à partager leurs actifs et passifs à la rupture de l’union. La décision du législateur de respecter la liberté de choix des conjoints de fait n’est pas inconstitutionnelle.
2. Par ailleurs, l’exclusion des couples non mariés de l’application de la *MPA*, en plus de ne pas être fondée sur des stéréotypes négatifs, ne promeut ni ne perpétue l’idée que ces couples sont moins capables, ou moins dignes d’être respectés et valorisés en tant que membres de la société canadienne. Le juge Bastarache conclut qu’en regard des valeurs consacrées par la *Charte* et par son art. 15, notamment la dignité, la liberté et l’autonomie, la *MPA* n’est pas discriminatoire. Elle préserve plutôt la liberté de tous les conjoints de faire des choix fondamentaux dans leur vie, et en cela, respecte l’autonomie et la dignité fondamentale des conjoints de fait. Selon le juge Bastarache, même si la liberté de se marier peut, dans certains cas, s’avérer illusoire, le par. 15(1) n’impose pas l’élimination de la liberté de choix de l’individu et n’exige pas l’imposition aux conjoints de fait d’un régime destiné aux personnes qui se sont engagées de façon non équivoque à former une association à parts égales, comme la *MPA* la décrit : *Walsh*, par. 57, 62 et 63. Distinguant l’affaire *Walsh* des arrêts rendus par la Cour dans *Miron* et *M. c. H.*, le juge Bastarache conclut que la *MPA* n’est pas discriminatoire et ainsi n’entre pas en conflit avec l’objectif du par. 15(1) d’assurer l’égalité réelle des personnes.

(3) Les arrêts *Kapp* et *Withler* et leur impact sur l’arrêt *Walsh*

1. À mon avis, la conclusion du juge Bastarache aurait été la même si elle avait résulté d’une analyse effectuée sous le cadre juridique remanié par *Kapp* et *Withler*. En effet, bien que la *MPA* ait créé une différence de traitement fondée sur un motif analogue, cette distinction n’entraînait pas de désavantage causé par la perpétuation d’un préjugé ou par l’application de stéréotypes. L’analyse que fait le juge Bastarache de la *MPA* demeure donc compatible avec la jurisprudence postérieure à l’arrêt *Walsh* ainsi qu’avec le principe d’égalité réelle qui « transcende les similitudes et distinctions apparentes [et] demande qu’on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances » : *Withler*, par. 39. Comme je le mentionnais plus haut, cette analyse s’inscrit dans la volonté de recherche de l’égalité réelle qui inspirait l’arrêt *Law*,en dépit des problèmes conceptuels et des difficultés d’application qui ont conduit aux arrêts *Kapp* et *Withler*.
2. Selon l’arrêt *Walsh*, la *MPA* n’a pas pour effet de favoriser le mariage au détriment de l’union libre ou de nier la valeur des unions de fait. La *MPA* n’opère pas de distinction causant un désavantage par la perpétuation d’un préjugé. Pour le juge Bastarache, le législateurnéo*-*écossaisdans *Walsh* ne privilégie pas une forme d’union par rapport à une autre. Le législateur ne fait que définir leur contenu juridique et prévoit que toutes personnes formant une union conjugale puissent choisir de façon consensuelle, sanschangerd’état matrimonial, de se prévaloir de droits, obligations et restrictions analogues au contenu de la *MPA*. La loi, de ce fait, ne privilégie pas une forme d’union par rapport à une autre et n’exprime pas un préjugé défavorable à l’union de fait.
3. En Nouvelle-Écosse, comme le démontre le juge Bastarache, le législateur définit le contenu de diverses formes d’union et leurs conséquences, mais n’en favorise pas l’une par rapport à l’autre. Le mariage ainsi que l’enregistrement de l’union de fait emportent les droits, obligations et restrictions mutuels prévus par la *MPA*, dont la présomption de partage égal des biens à la rupture de la relation. Les couples en union de fait peuvent aussi transformer leur union en association économique tel que prévu par la *MPA* en concluant un contrat familial susceptible d’exécution en application de la *MCA* et de la *MEA*. Ils peuvent également acheter des biens en copropriété. Ces mesures législatives n’établissent pas de hiérarchie inadmissible entre les différentes formes d’union conjugale. Les conjoints, par l’expression d’une volonté ou d’un choix consensuel, peuvent se soumettre au régime de leur choix qui comporte les droits et obligations établis par la législature. L’arrêt *Walsh* repose ainsi sur un principe de libre choix entre différents statuts matrimoniaux qui ont des conséquences diverses pour les conjoints, principe qui ne viole pas dans ce contexte la garantie constitutionnelle d’égalité. Ce principe conserve sa validité dans le cadre du présent litige, malgré l’évolution jurisprudentielle ultérieure.
4. À cet égard, l’affaire *Walsh* diffère considérablement de l’arrêt *Miron*. En effet, le législateur ontarien dans la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, ne définissait pas le contenu des unions (c.-à-d. les rapports des membres du couple entre eux). Il privilégiait plutôt le mariage par rapport à l’union de fait en faisant dépendre la prestation de bénéfices prévus par un régime d’assurance automobile de l’état matrimonial qu’est le mariage.
5. Dans *Miron*, le couple en union de fait se trouvait ainsi exclu de certaines dispositions concernant l’assurance automobile parce que les conjoints n’étaient pas mariés, un motif vraisemblablement sans pertinence relativement à l’assurance automobile. Comme le note le juge Bastarache dans *Walsh*, « [l]’état matrimonial du couple n’aurait dû avoir aucune incidence sur l’admissibilité aux prestations » : par. 53. Dans la loi attaquée au moment de l’affaire *Miron*, le législateur ontarien ne définissait pas le contenu juridique des rapports des conjoints entre eux. Il conférait plutôt à une catégorie de couples un privilège exprimant ou perpétuant un préjugé en faveur du mariage et au détriment de l’union de fait.
6. Ensuite, le juge Bastarache fait remarquer que la *MPA* n’est pas basée sur des stéréotypes relatifs aux conjoints de fait. À l’appui de cette conclusion, il évalue le facteur contextuel de correspondance et estime que ce n’est pas un stéréotype que de considérer que les couples en union de fait ont choisi de se soustraire au régime du mariage. Les conjoints de fait en l’espèce n’avaient pas exprimé d’une des manières prévues par l’État, notamment par contrat familial en union de fait, une volonté consensuelle de modifier leurs rapports juridiques de propriété. Ainsi, la *MPA*, en distinguant entre les conjoints mariés et les conjoints non mariés, ne repose pas sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables des conjoints de fait.
7. L’arrêt *Walsh* se distingue d’une manière analogue de l’arrêt *M. c. H.* Dans cette affaire, le législateur ontarien réservait aux conjoints de fait hétérosexuels l’accès à certaines dispositions de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 (« *LDF* »). Plus précisément, la *LDF* accordait le droit de demander des aliments en cas de rupture de l’union aux conjoints de fait de sexe différent, mais non aux conjoints de fait de même sexe. Dès lors, l’accès potentiel au régime de l’obligation alimentaire était étendu « au-delà du cercle des personnes mariées de manière à inclure les personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne de sexe différent » : *M. c. H.*, par. 2; voir aussi par. 52. Cette différence de traitement entre conjoints de fait de même sexe et conjoints de fait de sexe différent était fondée sur le motif analogue qu’est l’orientation sexuelle.
8. Dans la *LDF*, le législateur définissait l’union de fait comme une union conjugale d’une certaine permanence. Cette forme d’union accorde le droit à des aliments aux conjoints en cas de cessation de leur vie commune. Ainsi, dès lors que des personnes décidaient de former une union de fait, elles se soumettaient aux articles de la *LDF* qui leur donnait accès à une procédure de réclamation d’aliments devant un tribunal. Les conjoints de fait de même sexe, bien qu’ils pouvaient choisir de former une union similaire à celle que définissait la *LDF*, se voyaient priver du bénéfice représenté par ce recours alimentaire. Une majorité de la Cour décide alors que cette exclusion des conjoints de fait de même sexe « laisse entendre qu’ils sont jugés incapables de former des unions intimes marquées par l’interdépendance financière, peu importe leur situation » : *M. c. H.*, par. 3. « L’union entre personnes de même sexe n’[étant] pas synonyme d’union non durable ou non conjugale » (*M. c. H.*, par. 70), le législateur établissait ainsi une différence de traitement jugée discriminatoire, parce qu’elle provoquait un désavantage découlant de l’application d’un stéréotype. Elle ne laissait aux conjoints de même sexe aucune possibilité d’opter pour le régime légal ontarien. L’exclusion de la *LDF* des couples de même sexe reposait sur une caractérisation inexacte et stéréotypée de leur situation réelle et violait donc leur dignité.
9. À l’opposé, dans *Walsh*, le législateur faisait dépendre la présomption de partage égal des biens de l’expression d’une volonté consensuelle (soit par mariage, soit par contrat familial, et plus tard par enregistrement d’union de fait). Les conjoints de fait, contrairement aux conjoints mariés, n’avaient pas manifesté une telle volonté consensuelle. Leur exclusion de la *MPA* ne reposait donc pas sur une caractérisation inexacte et stéréotypée de leur situation réelle et ne violait pas leur dignité.
10. En somme, il m’apparaît que la conclusion du juge Bastarache dans *Walsh* aurait été la même si elle avait été adoptée dans le cadre juridique actuel. Ainsi, même si la *MPA* créait une différence de traitement fondée sur un motif analogue, cette distinction n’établissait pas de désavantage par l’expression ou la perpétuation d’un préjugé ou par l’application d’un stéréotype. C’est donc à bon droit que l’analyse effectuée par le juge Bastarache, sujette aux différences entre la *MPA* et le régime québécois, peut servir de point d’ancrage précédentiel à notre évaluation de l’atteinte au par. 15(1) qu’allègue A en l’espèce. Certes, l’analyse de la Cour ne portait pas sur l’obligation alimentaire, mais sur la présomption néo-écossaise de partage égal de biens familiaux. Cependant, les réflexions du juge Bastarache sur les sources des distinctions établies entre les différentes formes d’union et leurs conséquences demeurent pertinentes. De toute manière, même en l’absence de l’arrêt *Walsh*, les mêmes principes appliqués dans le cadre actuel d’analyse du par. 15(1) conduiraient aux conclusions que je propose à propos de la législation québécoise attaquée par A.

H. *Commentaires préliminaires sur l’approche préconisée par la Cour d’appel*

1. Avant de procéder à l’examen proprement dit de la contestation constitutionnelle engagée par A, j’estime qu’une précision s’impose à l’égard de l’opinion de la juge Dutil en Cour d’appel. Dans ses motifs, la juge Dutil considère que la question principale soulevée par le pourvoi de A touche, d’une part, « l’obligation alimentaire » et, d’autre part, « le partage des biens » lors d’une rupture. Cette distinction se situe au cœur de ses motifs et établit le cadre de son raisonnement. La même distinction se retrouve au cœur des motifs de la juge Deschamps. À l’égard de l’allégation de discrimination causée par les dispositions concernant le partage des biens (soit le patrimoine familial, la protection de la résidence familiale, la société d’acquêts et la prestation compensatoire), la juge Dutil s’estime liée par le raisonnement de l’arrêt *Walsh*. Elle conclut donc que ces dispositions ne sont pas discriminatoires. Pour sa part, la juge Deschamps conclut que l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice de ces dispositions est discriminatoire, mais qu’elle est justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*.
2. La juge Dutil soutient que, contrairement aux dispositions imposant un partage des biens, l’obligation alimentaire n’a pas d’origine contractuelle et « répond à des besoins de base et participe de la solidarité sociale » : par. 68. Dès lors, elle estime que l’art. 585 *C.c.Q.* concernant l’obligation alimentaire doit être apprécié séparément du reste des dispositions contestées, que le raisonnement de l’arrêt *Walsh* lui est inapplicable et qu’une évaluation sous le par. 15(1) de la *Charte* doit être entreprise isolément à son égard. J’estime que cette proposition est erronée.
3. Selon moi, la distinction qu’établit la juge Dutil entre « partage des biens » et « obligation alimentaire » est inadéquate. Cette distinction occulte le caractère d’« association économique » que le législateur québécois impose au mariage et à l’union civile. Elle néglige également le fait que cette association s’organise autour d’un régime primaire impératif de nature à la fois patrimoniale et extrapatrimoniale, et que ce régime institue l’obligation alimentaire à titre d’effet du mariage et de l’union civile. À ce titre, l’obligation alimentaire demeure liée aux autres effets du mariage et de l’union civile, comme l’obligation au partage des charges du ménage, le sort de la résidence familiale et la création d’un patrimoine familial. Elle constitue une partie intégrale et indissociable de l’ensemble des mesures qui forment le régime primaire québécois.
4. D’autre part, cette distinction ne tient pas compte du fait que chacune des dispositions contestées module les rapports patrimoniaux privés des conjoints et rééquilibre dans un certain nombre de cas, d’une façon ou d’une autre, la répartition des biens entre eux, notamment par le paiement de certaines sommes ou l’attribution de droits d’usage ou de propriété sur certains biens. De plus, chacune de ces mesures, en bonifiant le patrimoine du conjoint moins nanti, peut rendre ce dernier plus autonome et potentiellement moins dépendant de l’aide de l’État, le cas échéant.
5. En droit québécois, l’obligation alimentaire constitue l’un des effets impératifs du mariage (ou de l’union civile) auquel les conjoints ne peuvent déroger par contrat de mariage. Manifestation du devoir de secours auquel chaque conjoint est tenu envers l’autre en cas de besoin, l’obligation alimentaire, au même titre que l’obligation de contribuer aux charges du ménage en proportion de ses facultés respectives, fait partie du régime primaire auquel les conjoints adhèrent dès qu’ils choisissent de se marier. Cette obligation, sous la forme du devoir de secours, perdure tant que les conjoints demeurent liés par le mariage ou l’union civile.
6. Le *Code civil* et la *Loi sur le divorce* prévoient toutefois respectivement qu’une telle obligation peut être imposée même après la dissolution des liens d’union civile ou de mariage. Ainsi, dans l’arrêt *Bracklow*, la Cour étudie la *Loi sur le divorce* et s’interroge sur les fondements de l’obligation alimentaire après la dissolution du lien matrimonial. La Cour souligne d’abord que cette obligation alimentaire peut avoir un objectif compensatoire au profit d’un époux qui aurait été désavantagé économiquement durant le mariage : *Bracklow*, par. 36, 39 et 49. À ce titre, l’obligation alimentaire se rapproche de la prestation compensatoire en ce qu’elle aura pour objectif d’indemniser un des conjoints pour les pertes subies en raison du mariage et de son échec.
7. Cependant, l’obligation alimentaire peut aussi être de nature non compensatoire et découler du « simple fait qu’une personne qui bénéficiait auparavant d’un droit aux aliments à titre d’époux au sein du mariage se trouve désormais privée de ce droit » : *Bracklow*, par. 41. Ce fondement de l’obligation alimentaire « pose comme principe que chaque partie au mariage souscrit, en tant que personne indépendante, au mariage et à tout ce qu’il entraîne, y compris la possibilité d’une obligation alimentaire mutuelle » et « reconnaît qu’il est irréaliste de supposer que tous les couples qui se séparent pourront facilement passer de l’obligation alimentaire mutuelle du mariage à l’indépendance absolue du célibat, d’où la nécessité éventuelle de poursuivre le versement d’aliments même après la “rupture” du mariage » : *Bracklow*, par. 30-31.
8. Comme l’explique la Cour, cette forme d’obligation alimentaire après divorce repose sur deux constats importants. D’une part, elle découle du fait qu’une obligation alimentaire, appelée par ailleurs devoir de secours en droit civil, existe durant le mariage et peut demeurer nécessaire après la rupture. D’autre part, elle peut être vue comme une des nombreuses conséquences auxquelles les individus souscrivent lorsqu’ils choisissent de se marier. Dès lors, le choix de se marier emporte l’assujettissement à certains effets impératifs codifiés au *Code civil du Québec*, comme l’ouverture d’une créance pour la valeur du patrimoine familial, ainsi qu’aux effets prévus à la *Loi sur le divorce* qui reconnaît une obligation alimentaire post-rupture de l’union. De part et d’autre, l’obligation alimentaire repose alors sur le consentement au mariage ou à l’union civile.
9. Dès lors, pour régler le sort de ces pourvois, on ne saurait retenir la distinction qu’effectue la juge Dutil entre partage des biens et obligation alimentaire. Le juge Beauregard, dans son opinion concurrente, semble d’ailleurs reconnaître cette réalité lorsqu’il admet que, n’eût été de l’arrêt *Walsh*, le raisonnement de la Cour d’appel selon lequel la disposition sur l’obligation alimentaire serait discriminatoire s’appliquerait tout autant aux autres dispositions contestées, tel le patrimoine familial : par. 192 et 194. La question principale soulevée par ces pourvois n’est pas de rechercher si l’exclusion des conjoints de fait de *l’obligation alimentaire* est discriminatoire, mais plutôt de déterminer si leur exclusion de l’ensemble de *l’encadrement légal* imposé aux époux et aux conjoints unis civilement est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, j’estime qu’elle ne l’est pas.

I. *L’allégation de discrimination de A*

1. En l’espèce, comme je l’ai exposé plus haut, A conteste la validité constitutionnelle des dispositions du *Code civil du Québec* portant sur la résidence familiale (art. 401 et suiv.), le patrimoine familial (art. 414 et suiv.), la prestation compensatoire (art. 427 et suiv.), la société d’acquêts (art. 432 et suiv.) et l’obligation alimentaire entre conjoints (art. 585), en ce qu’elles encadrent les rapports juridiques privés des conjoints mariés et des conjoints unis civilement, mais ignorent ceux des conjoints de fait. Afin d’établir l’existence d’une situation de discrimination, A doit démontrer, par prépondérance des probabilités, que ces dispositions créent une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue, et que ce désavantage est discriminatoire parce qu’il perpétue un préjugé ou qu’il applique un stéréotype.
2. Bien que la charge de la preuve du caractère réellement discriminatoire des dispositions attaquées incombe à A, on sait que la Cour peut prendre connaissance d’office de certains faits. Elle applique alors les règles qui admettent la connaissance judiciaire, mais qui en délimitent la portée. Comme l’explique la juge McLachlin dans l’arrêt *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, « [l]a connaissance d’office est l’acceptation d’un fait sans preuve » : par. 54. Autrement dit, elle « dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables » : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48.
3. Selon les principes posés dans l’arrêt *Find*, la connaissance d’office ne s’applique qu’à deux types de faits :

(1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; [et] (2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable : *R. c. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.); J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), p. 1055. [par. 48]

(Voir également *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 53.)

1. Ces catégories de faits sont manifestement restreintes. Dès lors, les tribunaux doivent se montrer prudents lorsqu’on les invite à prendre connaissance d’office de certains faits. Ils doivent notamment se garder de constater d’office l’existence de phénomènes sociaux à moins que ceux-ci n’échappent à toute contestation raisonnable quant à la fin pour laquelle ils sont invoqués : *Spence*, par. 65. Comme l’explique le juge Binnie dans *Spence*, plus un fait a une incidence directe sur l’issue du procès ou plus il touche de près le cœur du litige, plus les tribunaux doivent le soumettre à des vérifications sévères avant d’en admettre d’office l’existence : par. 60-61.
2. En dehors des faits dont le tribunal peut prendre connaissance d’office, la règle de preuve générale demeure la même : « Nous devons trancher le [. . .] pourvoi en fonction de la preuve qui nous a été soumise » : *Gosselin*, par. 66. Cette règle s’applique aux affaires relatives aux allégations de violation du droit à l’égalité, y compris aux pourvois portés devant notre Cour.

(1) Distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue

1. En l’espèce, le premier élément dont A doit faire la preuve ne pose aucun problème. Les divers articles du *Code civil* faisant l’objet du présent litige ne s’appliquent qu’aux personnes mariées ou unies civilement. Ils régissent les rapports juridiques privés établis entre ces dernières, mais ne s’appliquent pas aux rapports entre conjoints de fait. Ces dispositions opèrent ainsi une distinction sur la base du motif analogue qu’est l’état matrimonial.
2. Cette distinction peut entraîner des désavantages pour les personnes se trouvant exclues de l’encadrement légal découlant du mariage ou de l’union civile. Dans la plupart des cas de séparation de conjoints de fait, un des conjoints sera vraisemblablement placé dans une situation patrimoniale plus précaire que si le couple avait été composé de personnes mariées ou unies civilement. Dès lors, à moins que les conjoints de fait ne bénéficient d’une capacité de gain et d’un patrimoine identiques, quelle que soit l’origine de ce dernier, un des conjoints se trouvera dans une situation moins favorable après la rupture que ne l’aurait été le conjoint marié, placé dans une situation patrimoniale similaire. Dans le cas de la rupture du mariage, ce conjoint bénéficierait d’un droit au partage des régimes de patrimoine familial et de société d’acquêts. Il pourrait aussi se voir octroyer la propriété de certains biens meubles, l’usage de la résidence familiale, une prestation compensatoire ainsi qu’une pension alimentaire. Le conjoint de fait, quant à lui, ne bénéficierait pas des droits reconnus par les dispositions pertinentes du *Code civil*. Toutefois, en réalité, chaque forme d’union conjugale est susceptible d’entraîner sa part de désavantages pour l’un ou l’autre des conjoints selon leur situation personnelle au moment de la rupture. La nature de ces désavantages variera avec la position de chacun des conjoints et la nature du régime juridique auquel il se trouvera assujetti.
3. Les dispositions portant sur le patrimoine familial, la résidence familiale, la prestation compensatoire, la société d’acquêts et l’obligation alimentaire comportent donc, dans leur effet, une distinction fondée sur un motif analogue et cette distinction peut être la source d’un désavantage. Reste à déterminer si l’exclusion des conjoints de fait de l’encadrement du mariage et de l’union civile est réellement discriminatoire parce qu’elle porterait atteinte au principe d’égalité réelle protégé par le par. 15(1) de la *Charte*. Pour faire cette preuve, conformément au cadre général d’analyse établi depuis les arrêts *Withler* et *Kapp*, A dispose de deux méthodes. D’une part, elle peut démontrer que ces mesures désavantageuses perpétuent un préjugé à l’égard des conjoints de fait. D’autre part, elle peut établir que le désavantage imposé par de telles mesures repose sur un stéréotype. L’une ou l’autre de ces démonstrations mènera à la conclusion que les dispositions attaquées portent atteinte au par. 15(1).

(2) Perpétuation d’un préjugé

1. La première façon de faire la preuve de l’inégalité réelle est de démontrer que la mesure désavantageuse contestée, dans son objet ou son effet, perpétue un préjugé à l’égard des membres d’un groupe en raison de caractéristiques personnelles visées par le par. 15(1) : *Withler*, par. 35. Généralement, une mesure perpétue un préjugé lorsqu’elle révèle une attitude ou une opinion défavorable à l’égard d’une personne, sur la base d’une caractéristique personnelle énumérée au par. 15(1) ou qui lui est analogue. Un constat identique s’impose face à une disposition qui reconnaîtrait une plus grande valeur morale à certaines personnes au détriment d’un autre groupe de personnes sur la base d’une telle caractéristique. Par ailleurs, un préjugé est aussi présent lorsqu’une mesure législative établit une hiérarchie entre différentes personnes du fait de l’existence ou de l’absence d’une caractéristique énumérée ou analogue. Comme l’explique la professeure Réaume, le préjugé s’exprime en outre par l’attribution d’une valeur négative à des caractéristiques personnelles qui constituent des aspects importants de l’identité d’un être humain : p. 679-680.
2. Parfois, le préjugé apparaîtra à la face même de la législation, particulièrement lorsque cette dernière traduit un mépris ou une hostilité envers le groupe concerné, ou lorsque son objectif consiste à infliger un préjudice à un groupe de personne. Dans ces circonstances, la discrimination par l’expression ou la perpétuation d’un préjugé sera vraisemblablement intentionnelle.
3. Il est généralement admis qu’historiquement, les conjoints de fait du Québec ont subi un traitement désavantageux empreint de préjugés intentionnels. Tel que je l’explique plus haut, jusqu’aux réformes du droit de la famille de 1980, le « concubinage » faisait l’objet d’une désapprobation législative. Celle-ci se manifestait notamment dans le *Code civil du Bas Canada* qui interdisait effectivement tout arrangement financier entre conjoints de fait. D’autre part, le *Code civil* *du Bas Canada* maintenait une distinction stricte entre les enfants légitimes, nés au sein du mariage, et les enfants « naturels, incestueux ou adultérins », nés hors mariage. Par ces mesures, l’on tentait d’éviter que les individus ne choisissent de vivre au sein de telles unions alors considérées comme « contraire[s] aux bonnes mœurs » : Cossette, p. 53. Par ailleurs, la seule méthode dont disposaient les parents vivant en union de fait pour que leur enfant naturel soit légitime était de se marier, lorsqu’un tel mariage était juridiquement possible.
4. Décrivant la situation historique des conjoints de fait, la juge McLachlin tient, dans *Miron*, les propos suivants :

De nombreux faits établissent que les partenaires non mariés ont souvent subi un désavantage et un préjudice au sein de la société. En effet, traditionnellement dans notre société, on a considéré que le partenaire non marié avait moins de valeur que le partenaire marié. Parmi les désavantages subis par les partenaires non mariés, mentionnons l’ostracisme social par négation de statut et de bénéfices. [Je souligne; par. 152.]

(Voir également *Walsh*, par. 41.)

1. Il appert donc que durant une période de l’histoire du Québec, les conjoints de fait ont été victimes d’une hostilité législative accompagnée d’ostracisme social. Conformément aux enseignements de l’arrêt *Law*, ce désavantage historique appelle un examen résolument prudent de toute nouvelle mesure législative comportant une distinction désavantageuse pour certains membres de ce groupe : par. 63-68. Cependant, la reconnaissance d’un désavantage historique n’emporte pas automatiquement la conclusion qu’une distinction demeure aujourd’hui discriminatoire parce qu’elle causerait un désavantage par la perpétuation d’un préjugé. Encore faut-il que, dans le contexte actuel, le désavantage existe toujours et que la nouvelle mesure confirme ou perpétue cette stigmatisation législative et sociale.
2. Sur ce point, je constate que les limites à la liberté contractuelle imposées aux conjoints de fait, tout comme la distinction entre enfants légitimes et naturels, ont été levées en 1980. De plus, rien dans la preuve ne permet de conclure que l’union de fait fasse aujourd’hui l’objet de l’opprobre populaire ou qu’elle soit autrement victime d’ostracisme social. Les rapports d’expertise déposés par les parties tendent plutôt à démontrer le contraire. L’union de fait serait devenue un mode de conjugalité respecté n’entraînant aucun jugement péjoratif de la part de l’ensemble de la société québécoise. Les statistiques du dernier recensement de 2011 confirment sa présence et son développement dans la vie de la société québécoise. Plusieurs époux rencontrés dans le cadre des études sociologiques entreprises par certains experts aux fins du présent litige utilisent même régulièrement un vocabulaire propre à l’union de fait pour se décrire auprès des tiers. Un tel comportement serait difficilement conciliable avec l’existence d’une société méfiante ou intolérante vis-à-vis de l’union de fait.
3. On peut aussi constater que l’hostilité législative traditionnelle semble s’être généralement muée en acceptation du phénomène de l’union de fait. À cet effet, rappelons que les lois sociales québécoises n’entretiennent plus de distinctions entre les divers modes de conjugalité : voir notamment *Loi sur l’aide financière aux études*; *Loi sur l’aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*; *Loi sur l’assurance automobile*. Les conjoints de fait, comme les époux et les conjoints unis civilement, sont soumis à une application uniforme de ces lois tant sur le plan des bénéfices accordés que sur celui des obligations imposées lorsqu’il s’agit de leurs rapports avec les institutions publiques. Comme nous l’avons vu, la distinction subsiste dans le cas des rapports des conjoints entre eux, au sein de leur union conjugale où subsiste une volonté de préserver une possibilité de choix entre des modes de conjugalité divers.
4. Cependant, le fait qu’à l’heure actuelle la forme d’union choisie par les conjoints de fait paraisse généralement bénéficier d’une acceptation sociale et législative autrefois inexistante, ne suffit pas pour conclure que les mesures contestées en l’espèce n’expriment pas de préjugés. Le préjugé n’a pas à être intentionnel pour porter atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Si une mesure a pour effet de privilégier certains individus au détriment d’autres individus en attribuant aux seconds une valeur inférieure, ou si elle crée, même par inadvertance, une hiérarchie entre eux, elle sera considérée discriminatoire par l’expression d’un préjugé.
5. En l’espèce, l’objet et l’effet des articles du *Code civil du Québec* dont A conteste la validité sont d’encadrer les rapports privés des époux. Cet encadrement se réalise de deux manières, comme je l’ai exposé.
6. Premièrement, le mariage emporte l’assujettissement des époux à un régime primaire impératif qui altère radicalement les droits patrimoniaux de chacun des époux. Spécifiquement, ce régime impose la formation d’une union économique partielle entre les époux. Deuxièmement, en l’absence de contrat de mariage prévoyant la séparation de biens ou des modifications au régime légal, le mariage emporte également l’assujettissement des époux au régime matrimonial légal de la société d’acquêts. Comme le régime primaire, la société d’acquêts modifie significativement les droits de chacun des époux à l’égard de leur patrimoine. La société d’acquêts approfondit l’union économique partielle déjà créée par le régime primaire. À la séparation ou au divorce, ce régime matrimonial impose un partage de la valeur des acquêts que possède chaque époux. L’impact pécuniaire de ce régime peut être important : les acquêts d’un époux comprennent notamment le produit de son travail au cours du régime ainsi que les fruits et revenus échus ou perçus au cours du régime, provenant de tous ses biens, propres ou acquêts.
7. Le législateur québécois n’impose ces régimes qu’à ceux et celles qui, d’un commun accord avec une autre personne, ont manifesté leur volonté d’y adhérer. Ce consentement doit être explicite et prendre la forme du mariage ou de l’union civile. Le législateur ne considère pas que la cohabitation, à elle seule, constitue une manifestation de ce consentement. Dès lors, ces régimes ne s’appliquent pas automatiquement à l’union de fait.
8. Ce faisant, le législateur crée-t-il une hiérarchie entre les diverses formes de conjugalité? Manifeste-t-il une préférence pour le mariage et l’union civile au détriment de l’union de fait? Les articles du *Code civil du Québec* attaqués en l’espèce ont-ils pour effet de transmettre un message ou de projeter une image ou une croyance négative au sujet des conjoints de fait?
9. Selon moi, ces questions doivent recevoir une réponse négative. À l’instar du législateur néo-écossais et de la *MPA* en litige dans l’arrêt *Walsh*, l’Assemblée nationale du Québec ne privilégie pas une forme d’union par rapport à une autre. Cette conclusion s’infère si l’on pose correctement les questions de la liberté de choix et de la marge d’autonomie laissée à la volonté des parties. Le législateur ne procède qu’à la définition du contenu juridique des différentes formes d’union conjugale. Il fait du consentement la clé de la modification des rapports patrimoniaux mutuels des conjoints. Il préserve dès lors la liberté de ceux qui désirent organiser leurs rapports patrimoniaux hors du cadre impératif légal.
10. Ceci permet de mieux comprendre l’objet réel de ces pourvois. Il met en cause les droits et obligations mutuels des conjoints en vertu des différentes formes d’union conjugale qui leur sont offertes par la loi au Québec. Dans tous les cas, selon le droit de la famille du Québec, ces droits et obligations offerts à tous ne sont imposés à personne. Leur mise en œuvre dépend d’une volonté mutuelle explicite de se lier. Ce consentement explicite et non présumé constitue la source des obligations de soutien alimentaire et de partage des intérêts patrimoniaux entre conjoints. Comme on l’a vu, ce consentement s’exprime en droit québécois par la conclusion d’un mariage, d’une union civile ou d’une entente de vie commune. L’entrée dans les régimes de protection prévus par la loi repose, nécessairement, sur un consentement mutuel. À cet égard, la conclusion des contrats de vie commune permet aux conjoints de fait de créer entre eux les rapports juridiques qu’ils estiment nécessaires sans devoir modifier la forme de conjugalité dans laquelle ils ont situé leur vie commune.
11. L’arrêt *M. c. H.* ne fait pas obstacle à cette conclusion. Dans cette affaire, les conjoints de même sexe étaient exclus en vertu de leur orientation sexuelle d’un régime qui n’exigeait aucune forme de consentement explicite pour son application. Dans le cas du Québec, le consentement est la règle commune. Dans le cas des conjoints de fait, il peut prendre des formes juridiques connues, souvent simples et familières aux praticiens du droit, sinon aux parties elles-mêmes. Si l’on entretient des inquiétudes sur la fragilité relative de ces ententes dans des situations d’insolvabilité, des accords relatifs à des formes de copropriété demeurent possibles.
12. Dans ce contexte où le consentement mutuel sous différentes formes constitue la source d’un ensemble de droits et d’obligations, il devient difficile de parler de discrimination envers les conjoints de fait. À cet égard, ma collègue la juge Abella se méprend sur la nature nécessairement mutuelle de la décision de choisir une forme d’union conjugale, en particulier celle du mariage. Son opinion critique ce qu’elle définit comme le système d’« *opting in* » (système fondé sur l’adhésion volontaire) du droit québécois parce qu’il laisserait chaque membre du couple à la merci de l’autre en cas de refus de conclure un mariage : par. 375.
13. Cette opinion présente une vision tronquée du mariage et des unions de fait dans la société contemporaine. Dans la mesure où nous acceptons que la liberté de décision et l’autonomie personnelle ne sont pas de pures illusions, la décision d’un individu de continuer sa vie conjugale avec un conjoint qui refuse de se marier possède la même valeur que celle d’un conjoint qui cède à une demande pressante de conclure un mariage.
14. Dans le droit de la famille du Québec, comme nous l’avons vu, le choix de l’union de fait permet aux conjoints de se soustraire au régime primaire imposé par le mariage et l’union civile. Ce choix leur évite de s’engager dans ce régime et d’assumer en conséquence des obligations comme le soutien alimentaire ou le partage du patrimoine familial. La position adoptée par ma collègue la juge Abella contraindrait ces conjoints à poser des actes positifs pour choisir de se soustraire à un régime qu’ils n’entendaient pas adopter. Elle obligerait ainsi les conjoints à exercer une liberté de choix dont elle nie cependant la validité et la pertinence lorsqu’il s’agit d’opter pour une forme particulière de conjugalité.
15. Par ailleurs, loin d’être sans pertinence pour l’analyse de l’allégation d’atteinte à la garantie d’égalité, toute l’histoire de l’évolution sociale et juridique de l’union de fait au Québec, qui en fait l’une des formes de conjugalité reconnues, est indispensable pour comprendre et contextualiser le débat constitutionnel porté devant nous. L’acceptation très généralisée de l’union de fait dans la société québécoise depuis la reconnaissance de l’état matrimonial comme motif analogue de distinction ne peut être négligée pour comprendre ce contexte : *Turpin*, p. 1332. La possibilité de choix qui s’est ainsi offerte est devenue un élément clé de l’analyse pour déterminer l’étendue du droit en cause et non uniquement pour justifier une limitation à ce droit : *Lavoie*, par. 47-48, le juge Bastarache.
16. L’absence de volonté de privilégier le mariage ou l’union civile est d’autant plus évidente que le droit québécois permet aux conjoints de fait de souscrire à chacun des effets du mariage prévus par les dispositions contestées. Ceux-ci doivent alors manifester leur consentement par l’expression d’une volonté explicite
17. Les conjoints de fait peuvent ainsi conclure des contrats de vie commune. Par ces contrats, ils sont capables de s’assujettir aux règles de partage du patrimoine familial, de prévoir une obligation alimentaire post-rupture, de s’accorder un droit d’usage de la résidence familiale, ou de se réserver l’octroi d’une prestation compensatoire. Ils peuvent en outre constituer l’équivalent d’un régime matrimonial et s’assujettir aux règles de la société d’acquêts. Les régimes statutaires de rentes et de pensions prévoient en outre que les conjoints de fait peuvent, d’un commun accord, demander le partage des sommes accumulées au nom d’un des conjoints. De plus, les conjoints qui ne désirent pas procéder par la voie contractuelle peuvent acheter des biens en copropriété, s’assurant ainsi d’un droit à leur partage lors de la fin de l’union. En l’absence de tels arrangements, un conjoint de fait peut toujours s’adresser aux tribunaux afin de présenter un recours en enrichissement injustifié contre son ex-conjoint, dans les situations où ce recours est possible.
18. Paraphrasant les propos du juge Bastarache dans *Walsh*, j’estime qu’en exigeant qu’il existe un consensus entre les conjoints avant d’opérer une importante altération de leurs droits de propriété, « on ne respecte pas moins, mais davantage l’autonomie et l’autodétermination des couples vivant en union libre, de même que leur faculté de vivre dans une forme d’union qu’ils ont eux-mêmes façonnée » : par. 50.
19. En somme, pour respecter l’objet du par. 15(1), je ne considère pas qu’il soit impératif de prescrire un encadrement identique pour chaque forme d’union. En l’espèce, un encadrement différent des rapports privés entre conjoints ne trahit pas l’expression ou la perpétuation d’un préjugé, mais implique plutôt un respect pour les manières différentes de concevoir la conjugalité. Aucune hiérarchie de valeur n’est ainsi établie entre les différents couples. *A contrario*, comme nous l’avons vu dans l’affaire *Miron*, un traitement différent des conjoints quant à l’attribution de bénéfices financiers étatiques peut trahir l’expression d’un préjugé défavorable à l’égard de certaines formes de conjugalité. À propos de cette distinction fondamentale, je reprends les commentaires du professeur Goubau, d’après qui il importe de préserver la diversité des modes de conjugalité en droit privé et de se garder d’imposer une forme unique d’union conjugale aux conjoints :

Par ailleurs, dans le cadre de la réflexion sur l’opportunité d’étendre aux conjoints de fait certains droits traditionnellement réservés au mariage (et désormais élargis à l’union civile) il convient de ne pas confondre, comme trop souvent, la question de la *reconnaissance* des conjoints de fait en droit social avec celle de leur *assimilation* en droit privé qui est, à mon avis, la négation même de la reconnaissance. En droit public et social, la reconnaissance de la conjugalité hors mariage, hétérosexuelle et homosexuelle, est maintenant chose acquise. [. . .] Accepter qu’un couple non marié puisse, par exemple, bénéficier au même titre que les gens mariés des avantages d’un régime de rente publique ou qu’il puisse subir les mêmes inconvénients sur le plan fiscal, c’est en réalité reconnaître que les choix privés des individus n’ont rien à voir avec leur statut dans la cité. Ouvrir en droit social et public le statut de conjoints à tous les couples, quelle que soit la forme juridique de leur union, constitue donc une authentique façon de reconnaître la diversité réelle de la conjugalité dans la société contemporaine.

Par contre, assimiler tous les couples lorsqu’il s’agit, par exemple, d’obligation alimentaire ou de partage du patrimoine familial, c’est-à-dire de droit privé, revient à nier ce qui fait précisément la diversité des couples, soit l’organisation volontaire des effets privés de leur conjugalité. [En italique dans l’original.]

(D. Goubau, « La conjugalité en droit privé : comment concilier “autonomie” et “protection”? », dans Lafond et Lefebvre, 153, p. 156)

1. Au terme de cette partie de l’analyse, je conclus que les articles du *Code civil du Québec* dont A conteste la validité constitutionnelle n’expriment ni ne perpétuent un préjugé à l’égard des conjoints de fait. Il apparaît au contraire que ces dispositions, en ce qu’elles respectent l’autonomie des personnes et la liberté des conjoints de fait d’aménager leurs rapports en fonction de leurs besoins, reconnaissent deux des valeurs sous-jacentes au par. 15(1) de la *Charte*. Elles se situent dans le cadre d’une évolution législative longue et complexe, au cours de laquelle l’Assemblée nationale du Québec a eu le souci d’accompagner les mouvements de la société et d’adapter le droit de la famille à de nouveaux modes de rapports conjugaux dans le respect de la liberté des conjoints.
2. À ce point de mon analyse, je dois souligner mes réserves à l’égard de la position prise par ma collègue la juge Abella. D’abord, elle ne reconnaît pas la réalité du rôle du consentement dans la mise en œuvre des droits et obligations résultant des différentes formes de conjugalité. Curieusement, la solution d’« *opting out* » (régime assorti d’un droit de retrait) qu’elle propose aux parties vivant en une union de fait dépendrait elle-même de cette mutualité du consentement et ne serait pas ouverte aux parties qui ont choisi d’autres formes d’union conjugale. Puis, elle néglige en pratique de considérer le contexte social de l’union de fait au Québec. Enfin, son analyse tendrait à réduire l’étude des allégations de violation de la garantie d’égalité à un pur constat de différences désavantageuses. Il n’y aurait plus de cadre juridique pour gouverner l’intervention des tribunaux en ces matières, situation qui pourrait éventuellement affecter la légitimité de leurs interventions.

(3) Application d’un stéréotype

1. Cependant, A dispose d’une deuxième possibilité de faire la preuve de l’inégalité réelle. Elle peut tenter de démontrer que le désavantage imposé par ces dispositions législatives repose sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation ou les caractéristiques véritables des conjoints de fait : *Withler*, par. 36.
2. Le cœur de cet argument repose essentiellement sur la question de la validité de la prémisse de base du droit de la famille québécois, soit l’exercice de l’autonomie de la volonté. Au Québec, le législateur fait dépendre l’application des dispositions sur le patrimoine familial, la prestation compensatoire, l’obligation alimentaire, la résidence familiale et la société d’acquêts de l’expression d’une volonté consensuelle (soit par mariage, par union civile ou par contrat de cohabitation). Il refuse ainsi d’imposer ces mesures aux personnes n’ayant pas exprimé de volonté consensuelle de s’y soumettre et par le fait même, considère que la cohabitation seule ne constitue pas l’expression d’une telle volonté.
3. Si cette prémisse est fausse et la décision de se marier ou de ne pas se marier n’implique pas le consentement à être assujetti ou soustrait aux régimes prévus par le *Code civil*, les dispositions contestées par A pourraient bien reposer sur une caractérisation inexacte de la situation des couples québécois. Autrement dit, si l’autonomie de la volonté demeure un vœu pieux qui, en matière matrimoniale, n’existe pas réellement, la distinction opérée par le législateur ne correspondrait pas à la situation et aux caractéristiques véritables des conjoints de fait. Elle créerait donc un désavantage reposant sur l’application d’un stéréotype.
4. En l’espèce, aucune preuve au dossier de la Cour ne me permet d’accepter la validité d’une prétention semblable et de conclure que l’exclusion des conjoints de fait du régime primaire et de la société d’acquêts repose sur une caractérisation stéréotypée de leur situation réelle. Spécifiquement, aucun élément de preuve mis de l’avant par A ne tend à démontrer que la politique du libre choix, du consensualisme et de l’autonomie de la volonté ne correspond pas à la réalité vécue par les personnes visées.
5. J’estime par ailleurs ne pas pouvoir prendre connaissance d’office du fait que le choix du mode de conjugalité n’est pas un choix délibéré et véritable qui devrait entraîner des conséquences patrimoniales et qu’il découlerait nécessairement de l’ignorance des conjoints à l’égard des conséquences de leur statut. Un tel fait prête clairement à controverse et n’est pas à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables : *Find*, par. 48 et 60-61.
6. Il n’est pas déraisonnable de considérer qu’en théorie des individus font parfois des choix peu éclairés et que certaines personnes peuvent ne pas être conscientes des conséquences de leur choix de mode de vie conjugale. Néanmoins, prendre connaissance d’office du fait que le choix volontaire de ne pas se marier n’exprime pas une décision autonome de se soustraire aux régimes légaux pousserait les limites de la connaissance d’office au-delà de ce qui est légitime, particulièrement à l’égard d’une question située au cœur de ce litige.
7. A n’a pas établi, en l’espèce, que c’est un stéréotype que de considérer que les couples en union de fait ont choisi de ne pas s’assujettir aux régimes du mariage ou de l’union civile. Le régime québécois, dont l’effet est de respecter la liberté de choix de chaque personne d’établir sa propre forme de conjugalité et, par le fait même, d’adhérer ou non au régime législatif du mariage ou de l’union civile avec leurs conséquences juridiques distinctes, ne repose pas sur un stéréotype.
8. En ce sens, une fois reconnu le principe de l’autonomie de la volonté, qui par ailleurs est une des valeurs sous-tendant la garantie d’égalité prévue à l’art. 15 de la *Charte*, les choix qu’effectuent les individus en exerçant cette autonomie méritent d’être respectés par les tribunaux. Dans ce contexte, il appartiendra au législateur d’intervenir s’il considère que les conséquences de ces choix autonomes engendrent des difficultés sociales auxquelles il importe de remédier.
9. Au Québec, le développement du cadre juridique actuel du mariage et des autres formes d’union conjugale s’explique d’ailleurs par ce type d’intervention législative qui entendait remédier aux problèmes causés par l’évolution du mariage au Québec et la faveur accordée pendant longtemps par les couples à la séparation des biens par rapport aux régimes matrimoniaux communautaires.
10. Dans l’affaire dont notre Cour est saisie, en l’absence de violation du par. 15(1) de la *Charte*, la Cour n’a pas le pouvoir d’imposer aux rapports privés des conjoints de fait un encadrement juridique basé sur une politique sociale différente de celle qu’a choisie le législateur québécois. Seul le législateur peut intervenir pour modifier cette politique législative et remédier aux difficultés que rencontreraient les personnes vivant en union de fait.
11. Ce type d’intervention législative a d’ailleurs eu lieu dans certaines provinces. Les législateurs provinciaux ont choisi d’encadrer les rapports privés des conjoints de fait au gré des objectifs législatifs propres à leur province. Signe du pluralisme juridique canadien, chaque province offre aujourd’hui une définition différente des effets de l’union de fait.
12. Ainsi dans toutes les provinces, sauf le Québec, et les territoires, cohabiter pendant un certain nombre d’années fait naître une obligation alimentaire entre conjoints de fait : voir notamment *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3; *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2; *Loi sur l’obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20; *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128; *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-2; *Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales*, S.S. 1997, ch. F-6.2; *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2.1; *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18; *Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, ch. D-14. Certaines provinces, comme l’Ontario, ont imposé cette politique pour alléger le fardeau de l’État : voir notamment W. Holland, « Intimate Relationships in the New Millennium : The Assimilation of Marriage and Cohabitation? » (2000), 17 *Rev. can. d. fam.* 114, p. 128. En Colombie-Britannique, en plus de l’obligation alimentaire, les conjoints de fait sont assujettis à certaines mesures de protection de la résidence familiale (*Family Relations Act*), alors qu’en Saskatchewan et au Manitoba, l’union de fait entraîne, en sus de l’obligation alimentaire et des mesures concernant la résidence familiale, un partage des biens à caractère familial : *Loi corrective (relations domestiques) de 2001 (no 2)*, S.S. 2001, ch. 51; *Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*, L.M. 2002, ch. 48. Comme nous l’avons vu, la Nouvelle-Écosse prévoit quant à elle que les conjoints de fait peuvent choisir d’enregistrer leur union et ainsi s’assujettir à l’encadrement juridique propre au mariage en matière de biens matrimoniaux : *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, ch. 29.

 (4) Conclusion

1. Je conclus donc que les art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 *C.c.Q.*, bien qu’ils établissent une distinction fondée sur l’état matrimonial entre les conjoints de fait et les époux ou les conjoints unis civilement, ne créent pas de désavantage par l’expression ou la perpétuation d’un préjugé ou par l’application de stéréotypes. L’exclusion des conjoints de fait du champ d’application de ces dispositions n’est pas discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte* et ne comporte pas de violation de la garantie constitutionnelle d’égalité. Il n’est donc pas nécessaire de passer à l’étape de l’analyse sous l’article premier de la *Charte*.

V.Dispositif

1. Je suis d’avis d’accueillir les appels du procureur général du Québec et de B, et de rejeter l’appel de A, sans dépens dans tous les cas. Je réponds aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

 1. Les articles 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

 2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

 Version française des motifs rendus par

1. La juge Abella (dissidente quant au résultat) — Au Québec, les conjoints mariés ou unis civilement qui, selon le cas, divorcent ou se séparent disposent de certaines mesures de protection juridiques. Chacun des conjoints a le droit de demander à l’autre de lui verser un soutien alimentaire, et de réclamer le partage égal des biens familiaux. Leur utilisation de la résidence familiale et des effets mobiliers durant la séparation est également protégée. Ces mesures de protection juridiques ne sont pas de nature contractuelle; elles sont établies par loi et leur application est présumée ou impérative. Les dispositions législatives québécoises régissant le soutien alimentaire en faveur du conjoint et les biens familiaux visent à reconnaître les rôles assumés par les conjoints au sein de la relation ainsi que toute situation de dépendance et de vulnérabilité qui en résulte à la dissolution de la relation, et à les indemniser en conséquence.
2. Bien des conjoints de fait, expression utilisée au Québec pour désigner les personnes qui vivent en couple mais ne sont ni mariées ni unies civilement, présentent les caractéristiques qui ont entraîné l’établissement de ces garanties. Ils forment des relations de longue durée; ils se partagent les tâches ménagères et il s’établit entre eux une grande interdépendance; et, fait crucial, le conjoint financièrement dépendant — et par conséquent vulnérable — subit, au moment de la dissolution de l’union, les mêmes inconvénients que les conjoints mariés ou unis civilement. Pourtant, au Québec, ces conjoints de fait dépendants ne peuvent se prévaloir d’aucune des mesures de protection d’ordre économique ouvertes à ces personnes. Ils n’ont pas de droits ou d’obligations l’un envers l’autre en vertu du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »). Ils sont autorisés à conclure une convention de cohabitation régissant leurs obligations et ils peuvent, s’il y a lieu, réclamer une mesure de soutien alimentaire au profit d’un enfant, mais ils n’ont pas le droit de demander des aliments en faveur du conjoint, ils n’ont pas droit au partage du patrimoine familial et ils ne sont assujettis à aucun régime matrimonial.
3. Nous avons à décider si l’accès aux mesures de protection juridiques fondamentales doit être refusé aux conjoints de fait dépendants du Québec du seul fait que leur relation conjugale ne présente pas le formalisme de l’union civile ou du mariage. Avec égards pour ceux qui sont d’avis contraire, l’exclusion totale des conjoints de fait du bénéfice des mesures de protection juridiques reconnues par le *Code civil* aux conjoints unis formellement en matière de soutien alimentaire et de partage des biens constitue une violation du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n’est pas justifiée au regard de l’article premier. Comme le démontre l’histoire du droit de la famille actuel, l’équité requiert que nous nous attachions au *contenu* réel de la structure sociale de la relation.

Faits

1. Monsieur B et Mme A se sont rencontrés en 1992, dans le pays d’origine de cette dernière. À l’époque, celle‑ci avait 17 ans tandis que M. B était âgé de 32 ans et propriétaire d’une entreprise prospère. Jusqu’en 1995, le couple se voit sporadiquement, voyageant parfois ensemble autour du monde. Au début de 1995, Mme A est venue vivre au Canada. Ils ont rompu peu de temps après, mais ils se sont revus à Noël et au début de 1996, lorsque Mme A est tombée enceinte de leur premier enfant. Elle a par la suite eu deux autres enfants avec M. B, en 1999 et en 2001.
2. Madame A et M. B ont parlé de mariage à au moins deux occasions. En 1996, Mme A a demandé à M. B de l’épouser, mais ce dernier a refusé, affirmant qu’il ne croyait pas à l’institution du mariage. Il a dit qu’il pourrait envisager de se marier un jour, mais uniquement afin d’officialiser une longue relation. Le 1er janvier 2000, la question du mariage est de nouveau revenue sur le tapis, bien que les parties aient présenté des versions différentes quant à la question de savoir s’ils avaient convenu de se marier. Quoi qu’il en soit, ni Mme A ni M. B n’ont donné suite à ces projets.
3. Les parties ont discuté de séparation en 2001. Elles ont convenu de vivre ensemble pendant six mois, dans une tentative de réconciliation, mais Mme A a mis fin à la relation en octobre 2001. Lorsqu’ils ont cessé d’habiter sous le même toit en 2002, ils avaient cohabité pendant sept ans. Au cours de la relation, Mme A a tenté d’amorcer une carrière de mannequin, mais essentiellement elle n’a pas travaillé à l’extérieur du foyer et elle accompagnait souvent M. B lors de ses voyages.
4. En février 2002, Mme A a intenté une procédure et sollicité la garde des enfants, une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint, une somme forfaitaire au titre des aliments et l’usage de la résidence familiale. Elle a contesté la constitutionnalité de certaines dispositions du *Code civil*, soutenant avoir droit aux mêmes garanties que les conjoints mariés à l’égard des aliments, du patrimoine familial, du régime matrimonial présumé — à savoir la société d’acquêts — et de la prestation compensatoire. Ses arguments constitutionnels ont été rejetés par la juge saisie de la demande en Cour supérieure du Québec. La Cour d’appel, à la majorité, a infirmé la décision concernant le soutien alimentaire, concluant à l’inconstitutionnalité des dispositions relatives au soutien alimentaire (art. 585 *C.c.Q.*) en faveur du conjoint. Toutefois, elle a estimé être liée par l’arrêt de notre Cour *Nouvelle‑Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, et n’est en conséquence pas intervenue à l’égard de l’aspect de la décision de première instance portant sur le partage des biens.
5. Madame A a interjeté appel de la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle les dispositions sur le partage des biens sont constitutionnelles. Monsieur B et le procureur général du Québec ont eux aussi fait appel, dans leur cas à l’égard de la conclusion que les dispositions relatives au soutien alimentaire en faveur du conjoint sont inconstitutionnelles.

Analyse

1. Selon le cadre législatif actuellement en vigueur au Québec, en cas de séparation, les conjoints financièrement vulnérables sont exclus du bénéfice des régimes impératifs en matière de soutien alimentaire et de partage des biens, tout simplement parce qu’ils ne vivaient pas au sein d’une union créée officiellement. La question en litige dans le présent pourvoi consiste à décider si cette exclusion viole l’art. 15 de la *Charte*.
2. Il est utile d’examiner les raisons ayant motivé le développement de l’approche moderne à l’égard des régimes relatifs à la pension alimentaire en faveur du conjoint et aux biens familiaux. Bien que la manière dont ces régimes sont mis en œuvre varie d’une province à l’autre, leur raison d’être sur le plan social est la même partout au pays.
3. Au Québec, les conjoints mariés ou unis civilement ont, au cours du mariage ou de l’union, une obligation de soutien alimentaire (art. 585 *C.c.Q*.) qui survit à la séparation, ce qui permet au tribunal d’enjoindre à un conjoint de verser des aliments à l’autre (art. 507, 511 et 521.17 *C.c.Q.*). À la suite d’un divorce, l’obligation de soutien alimentaire prévue par le *Code* prend fin, et l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2esuppl.), régit les ordonnances alimentaires.
4. L’article 585 du *Code* a clairement un objectif protecteur, puisqu’il étend le bénéfice de l’obligation de soutien alimentaire non seulement aux conjoints mariés ou unis civilement, mais aussi aux « parents en ligne directe au premier degré » comme les enfants. Cette règle est souple et le montant des aliments est fixé en fonction « des besoins et des facultés des parties, des circonstances dans lesquelles elles se trouvent et, s’il y a lieu, du temps nécessaire au créancier pour acquérir une autonomie suffisante » (art. 587 *C.c.Q.*; voir Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille* (2006), p. 133 et 782). Qui plus est, le caractère fondamental de l’obligation de soutien alimentaire ressort clairement des dispositions du *Code*. Il s’agit d’une obligation d’ordre public, et le conjoint dépendant ne peut renoncer au droit qui en découle, ni le céder ou l’aliéner, car ce droit est indispensable à sa survie (*Québec (Procureure générale) c. B.T.*, [2005] R.D.F. 709 (C.A.)).
5. Autrement dit, en matière alimentaire, le Québec a explicitement écarté les règles du contrat au profit d’un régime de protection fondé sur l’existence d’une obligation réciproque, étant donné que son droit ne permet pas aux couples vivant dans une forme d’union officiellement reconnue de se soustraire par contrat à l’application des dispositions impératives du *Code civil* sur l’obligation de soutien alimentaire.
6. Dans l’ensemble du Canada, diverses commissions provinciales et fédérales de réforme du droit se sont attachées principalement aux répercussions de la séparation et du divorce sur le conjoint financièrement vulnérable, en général l’épouse (voir Royal Commission on Family and Children’s Law de la Colombie‑Britannique, *Family Maintenance* (1975), p. 7; ministère du Procureur général de l’Ontario, *Family Law Reform* (1976), p. 1; Commission de réforme du droit du Manitoba, *Reports on Family Law*, Part I — *The Support Obligation*, Report#23 (1976), p. 19). Dans son document de travail 12 de 1975, intitulé *Les divorcés et leur soutien*, la Commission de réforme du droit du Canada a conclu que le droit au soutien — et corollairement l’obligation de fournir ce soutien — ne reposait pas sur le statut juridique de l’époux ou de l’épouse, mais sur l’état concret de dépendance ou de vulnérabilité qu’avait créé la relation conjugale :

 Les droits et les obligations financières découlant du mariage devraient refléter en droit les accords personnels intervenus entre les conjoints selon leurs intérêts et leur situation, et non imposés conformément à des hypothèses juridiques traditionnelles fixant le rôle [de chacun des époux en fonction de leur sexe]. [Italiques omis; p. 19.]

1. En d’autres termes, le droit au soutien alimentaire n’était pas créé par le mariage comme tel, mais par les « besoins raisonnables » du conjoint vulnérable (*Les divorcés et leur soutien*, p. 20). Ce droit avait un objectif protecteur : « . . . permettre au conjoint se trouvant dans l’incapacité de subvenir à ses besoins financiers à la suite du mariage de retrouver cette capacité dans les meilleurs délais » (p. 19).
2. Lorsqu’elle a expliqué la raison d’être du soutien alimentaire en faveur du conjoint dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, notre Cour a jugé que ce soutien « cherche à reconnaître et à prendre en considération les inconvénients économiques subis par l’époux qui consent les sacrifices ainsi que les avantages économiques conférés à l’autre » (p. 864). Puis, dans *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, la juge McLachlin a confirmé que l’obligation mutuelle de soutien alimentaire a un caractère protecteur : cette obligation reflète les interdépendances créées par le mariage et « reconnaît que, lorsque des gens cohabitent pendant un certain temps dans une relation familiale, leurs affaires peuvent devenir entremêlées et impossibles à démêler de manière ordonnée » (par. 31). La notion de besoin est au cœur de cette théorie, laquelle, comme il sera expliqué plus loin dans les présents motifs, s’applique conceptuellement tout autant aux relations de fait qu’aux mariages et aux unions civiles.
3. Dans *Bracklow*, la Cour fait écho aux propos de la Commission de réforme du droit du Canada lorsqu’elle souligne que « [c]e n’est pas tant le seul fait du mariage que la relation qui s’établit et les attentes qui peuvent raisonnablement en découler » (par. 44 (soulignement omis)) qui donnent naissance à l’obligation de soutien alimentaire entre conjoints. Fait notable, la Cour rejette aussi la prépondérance de la théorie de la « rupture nette » en matière de soutien alimentaire (par. 32), théorie selon laquelle, au moment de la rupture du mariage, les conjoints ont chacun droit à « ce qu[’ils] se sont engagés par contrat à faire » (par. 29).
4. Les préoccupations que suscitait le nombre disproportionné de femmes connaissant la pauvreté après la séparation ont également influé sur l’évolution du droit en la matière. L’objectif consistant à corriger ce déséquilibre ressortait clairement des travaux des diverses commissions de réforme du droit. Notre Cour a elle aussi souscrit à cet objectif dans *Moge*, soulignant que, bien que les obligations de soutien alimentaire soient exprimées sans référence à un sexe ou à l’autre, la réalité demeure que, « dans bon nombre de mariages si ce n’est la majorité, c’est l’épouse qui est la partie désavantagée économiquement » (p. 849‑850). La juge L’Heureux‑Dubé a décrit ainsi ce que les mesures de soutien alimentaire en faveur du conjoint visaient à remédier :

 *Les femmes ont eu tendance à subir les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec en raison de la répartition traditionnelle des tâches qu’on y retrouve*. [. . .] [À] la dissolution du mariage, les contributions non monétaires de l’épouse peuvent donner lieu à d’importants désavantages sur le marché du travail. C’est alors que se font sentir les sacrifices consentis; la balance penche en faveur du mari qui est demeuré sur le marché du travail et s’est orienté vers l’extérieur du foyer. En fait, l’épouse se retrouve avec une capacité limitée de gagner sa vie alors qu’elle peut avoir contribué à améliorer celle de son conjoint. [Italiques ajoutés; p. 861‑862.]

1. Au cours des dernières années, le droit relatif au partage des biens familiaux en est lui aussi venu à être considéré, conceptuellement, comme un ensemble de règles possédant une vocation protectrice plutôt qu’un caractère contractuel. Le Québec a établi des dispositions législatives pourvoyant au partage équitable des biens familiaux entre ces conjoints. Ses dispositions sur le partage des biens entre les conjoints mariés ou unis civilement précisent que, pendant la durée du mariage, de l’union civile ou d’une séparation, un conjoint ne peut, sans le consentement de l’autre, aliéner ou louer certains biens, dont la résidence familiale (art. 401 et 404 *C.c.Q*.). Le *Code* prévoit également l’existence d’un patrimoine familial, constitué d’un ensemble de biens familiaux et qui doivent en principe être divisés à parts égales entre ceux‑ci au moment du divorce. Comme les dispositions instaurant le patrimoine familial sont d’ordre public, il est interdit aux époux d’écarter par contrat leur application, sauf après la séparation, le divorce ou la mort de l’un des conjoints (art. 414 à 416, 419 et 423 *C.c.Q.*).
2. Les conjoints mariés ou unis civilement peuvent choisir le régime matrimonial qui régira leurs biens, sauf ceux visés par le patrimoine familial.  Le régime applicable par défaut est celui de la société d’acquêts, suivant lequel chacun des conjoints possède, durant la relation, la maîtrise des biens qui lui sont propres, mais la plupart des biens acquis durant celle‑ci sont divisés également à sa dissolution (art. 432 *C.c.Q.*). Les conjoints peuvent aussi opter soit pour le régime de la séparation de biens — selon lequel chaque conjoint conserve la maîtrise de ses biens tant avant l’union qu’après (art. 486 *C.c.Q.*) —, soit pour un régime communautaire — en vertu duquel les biens sont administrés conjointement durant l’union (art. 492 *C.c.Q.*).
3. Enfin, en cas de séparation ou de divorce, les conjoints mariés ou unis civilement peuvent demander une prestation compensatoire, à savoir une somme que le tribunal ordonne à un des conjoints de payer à l’autre en compensation de l’apport de ce dernier à l’enrichissement de son conjoint (art. 427 *C.c.Q.*).
4. Mon collègue le juge LeBel a exposé de façon élégante le développement de la législation pertinente au Québec, en commençant par le régime matrimonial de la « communauté de biens », puis en poursuivant avec la société d’acquêts, la prestation compensatoire et, enfin, le patrimoine familial. Il se dégage de cet historique deux aspects importants qui méritent une attention particulière.
5. Premièrement, il est possible de considérer que le désir de mieux protéger les conjoints financièrement vulnérables a motivé chacune des réformes successives au Québec. Comme l’explique le professeur Alain Roy, étant donné que bon nombre de conjoints optaient pour la séparation de biens, lorsque le régime par défaut était celui de la communauté de biens, on pouvait constater à « la rupture du lien conjugal la très grande vulnérabilité des femmes sur le plan financier. [. . .] Dans cette perspective, le législateur se devait d’établir des mécanismes de protection au bénéfice des femmes » (« Le régime juridique de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme », dans Pierre‑Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle* (2003), 165, p. 170).
6. Quand l’Office de révision du Code civil a recommandé, en 1968, que le régime de la société d’acquêts devienne le nouveau régime matrimonial applicable par défaut, il a souligné que la « liberté et [. . .] [l]’indépendance » consenties aux conjoints ayant opté pour la séparation de biens « s’avère[nt] parfois extrêmement onéreuse[s] pour l’un des conjoints et même, en certains cas, abouti[ssent] à une véritable injustice » (*Rapport sur les régimes matrimoniaux* (1968), p. 8). Les régimes de prestation compensatoire et de patrimoine familial instaurés par la suite visaient eux aussi à remédier aux mêmes injustices, lesquelles avaient persisté malgré l’établissement du régime de la société d’acquêts (pour une analyse judiciaire des objectifs respectifs de ces régimes, voir l’arrêt de notre Cour, *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183, ainsi que l’arrêt *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.), p. 908).
7. Deuxièmement, loin de tendre à refléter les choix faits que faisaient concrètement les conjoints mariés, ces mesures subordonnaient ces choix à l’objectif de protection. Quand l’Assemblée nationale a conçu le régime de la société d’acquêts, qui est devenu en 1970 le régime matrimonial applicable par défaut à tous les couples mariés, elle n’a pas retenu une formulation qui aurait présumé que le partage égal des biens instauré par ce régime constituait le choix implicite des couples. Cette décision a été applaudie par la Commission de réforme du droit du Canada, qui a souligné qu’« on ne peut pas prétendre, dans tous les cas, que les époux n’ont pas fait de contrat de mariage parce qu’ils considèrent le régime légal comme étant celui qui leur convient le mieux » (*Études sur le droit des biens de la famille*, Recherches préliminaires : Les régimes matrimoniaux au Québec (1975), p. 63). Autre fait notable, la disposition subséquente ayant créé le mécanisme de la prestation compensatoire a été désignée mesure d’ordre public, applicable impérativement à tous les couples mariés, quel que soit leur régime matrimonial.  Par conséquent, les couples qui avaient opté pour le régime de la séparation de biens ont essentiellement été privés de la liberté de contracter à l’égard de leurs apports durant le mariage.
8. Le régime du patrimoine familial, auquel on a aussi conféré le caractère d’ordre public, produisait également le même effet. Lors du dépôt de cette nouvelle mesure législative, tout en soulignant que le partage obligatoire du patrimoine familial niait la liberté de choix, Mme Monique Gagnon‑Tremblay, la ministre responsable de la Condition féminine, a néanmoins déclaré que cette faculté devait s’effacer devant un objectif social plus important, à savoir écarter un obstacle de nature juridique et sociale à l’égalité :

 Il s’agissait, en effet, de repenser une mécanique juridique et sociale qui tend à reproduire l’inégalité.

. . .

 Il nous semblait, enfin, *que refuser l’instauration d’un patrimoine familial, au motif que cette nouvelle institution ne cadre pas avec certains régimes matrimoniaux que peuvent vouloir choisir les époux, équivaudrait à donner plus d’importance à des modèles juridiques qu’aux impératifs de mouvement social.* Ce faisant, le législateur se priverait d’un levier nécessaire au changement social.  [Italiques ajoutés.]

 (Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 30, no 125, 2e sess., 33e lég., 8 juin 1989, p. 6489)

Mme Louise Harel, la critique de l’opposition à l’époque, a fourni un appui crucial à l’édiction de la mesure, précisant que celle‑ci permettait de passer de l’égalité formelle à l’égalité réelle des époux au sein du mariage :

 L’institution du mariage, dans notre société, pour toute une génération, a représenté quelque chose de contraire au principe d’égalité. Par la suite, on a introduit une égalité juridique. Et, Monsieur le président, je ne peux pas assez insister sur le fait que, *si nous allons concourir à l’adoption de ce projet de loi, c’est justement parce que cette égalité juridique formelle est insuffisante. C’est justement pour ouvrir une nouvelle voie juridique à la pleine égalité économique et sociale des femmes*. [Italiques ajoutés.]

(Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 30, no 125, 2e sess., 33e lég., 8 juin 1989, p. 6497)

1. Par conséquent, le caractère impératif du régime de la prestation compensatoire et de celui du patrimoine familial fait bien ressortir la priorité qu’a accordée le Québec aux préoccupations relatives à la protection des conjoints vulnérables par rapport à d’autres valeurs comme la liberté de choix en matière contractuelle.
2. Il existait une harmonie des préoccupations à cet égard d’un bout à l’autre du Canada. L’arrêt *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, nous éclaire utilement sur les raisons de l’évolution en faveur d’une perspective protectrice des régimes de partage des biens familiaux. Le juge Dickson a souligné que le règlement des litiges portant sur des biens matrimoniaux était « entravé par des théories contradictoires et un conflit continuel entre l’école “de justice et d’équité” [. . .] et l’école de l’“intention” » (p. 442). La seconde avait prévalu précédemment dans l’arrêt *Murdoch c. Murdoch*,[1975] 1 R.C.S. 423, où la Cour avait confirmé la règle séculaire applicable aux biens matrimoniaux : l’épouse s’était vu nier toute part des biens au nom de son mari, au motif qu’elle n’avait pas été en mesure de prouver l’existence d’une intention commune de lui conférer un intérêt bénéficiaire dans ces biens.
3. Dans *Rathwell*, le juge Dickson s’est plutôt fondé sur la théorie de la fiducie par interprétation, laquelle n’exige aucune intention commune, pour accorder à Mme Helen Rathwell une part des biens matrimoniaux. Comme l’a expliqué le juge Dickson, il est rare de constater l’existence d’une intention commune, et c’est se méprendre sur la manière dont la plupart des couples abordent leur relation que de chercher cette intention :

 . . . manifestement il y a rarement un accord [de disposition des biens matrimoniaux en cas de divorce] puisque les parties ne pensent pas à l’éventualité d’une séparation et d’un divorce.

. . .

 . . . Il y a rarement une entente expresse préalable ou une entente ou une intention commune implicite, sauf l’intention générale de vivre ensemble. Il n’est pas normal pour de jeunes mariés d’envisager la rupture de leur union et le partage, dans cette éventualité, des avoirs acquis par leur effort commun pendant le mariage. [p. 444 et 447‑448]

Le juge Dickson a précisé que l’émergence du recours à la fiducie par interprétation pour régler les litiges relatifs aux biens matrimoniaux

 reflète la diminution de l’importance de l’aspect procédural du droit immobilier et des droits individuels de propriété et son remplacement par une attitude plus conforme aux réalités de la vie familiale contemporaine. [. . .] Les énonciations d’un titre de propriété peuvent simplement refléter les exigences de la réglementation [. . .]; il se peut, en revanche, qu’il soit *totalement indifférent aux conjoints que le titre de propriété soit enregistré au nom de l’un ou de l’autre, tant que dure la félicité conjugale* [. . .] Les énonciations du titre de propriété peuvent être entièrement fortuites . . . [Italiques ajoutés; p. 456.]

1. Ce qui nous amène à la situation des conjoints non mariés au Canada. Ces personnes ont longtemps été stigmatisées. Par exemple, les enfants issus de personnes qui n’étaient pas mariées étaient considérés « illégitimes » et incapables de succéder en l’absence de testament. Cependant, à mesure que les attitudes de la société ont changé à leur égard, la façon de voir des législateurs et des tribunaux a elle aussi évolué et ils en sont venus à accepter l’existence de rapports conjugaux en dehors du cadre matrimonial formel.
2. Ce changement reflétait une conception plus large de la notion de « famille ». Dans un rapport publié en 1993, dans lequel elle recommandait d’élargir aux conjoints non mariés tant le régime relatif au soutien alimentaire en faveur du conjoint que celui régissant le partage des biens, la Commission de réforme du droit de l’Ontario a formulé l’observation suivante :

 [traduction] . . . dans la majeure partie de la [*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3], « famille » est synonyme de « mariage ». [. . .] [L]a Loi [. . .] laisse peu de place aux autres types de relation qui incarnent les caractéristiques fondamentales d’intimité, d’interdépendance financière et de cohabitation dans le cadre d’une « relation personnelle revêtant une importance primordiale dans la vie des conjoints », une relation qui, selon nous, constitue l’essence de la notion de « famille ».

 (*Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants under the Family Law Act* (1993), p. 1)

Le Rapport faisait également état des conclusions suivantes :

 [traduction] . . . dans les unions de fait, lesquelles présentent virtuellement toutes les caractéristiques du mariage [. . .] le besoin de protéger les intérêts des deux parties et d’assurer l’égalité et la justice entre elles en cas d’échec de la relation est le même que dans un mariage.

. . .

 Les conjoints de fait mettent leurs ressources en commun et échafaudent ensemble des projets économiques, ils se soutiennent mutuellement sur les plans financier et psychologique, et ils élèvent des enfants. [p. 2 et 27]

1. Notre Cour a ouvert la possibilité d’un partage des biens entre conjoints non mariés dans l’arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, où elle a étendu le recours à la notion de fiducie par interprétation au partage des biens entre conjoints de fait séparés. Fait important, le juge Dickson a conclu que rien ne justifiait d’établir des distinctions entre le mariage et les relations de longue durée moins formellement reconnues en ce qui concerne le partage des biens, et que le fait de ne pas être mariée n’empêchait pas la demanderesse de récolter les fruits de son apport à la relation de fait.
2. Subséquemment, dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, la Cour a jugé que le refus de conférer aux couples de même sexe les avantages prévus par la loi en matière de soutien alimentaire violait le par. 15(1) de la *Charte*. En élaborant son analyse, la Cour a souligné que les différentes caractéristiques d’une relation conjugale pouvaient se trouver dans les unions formées par des conjoints de même sexe. Ces caractéristiques peuvent être « présent[e]s à des degrés divers et [. . .] tou[te]s ne sont pas nécessaires pour que l’union soit tenue pour conjugale » (par. 59). En d’autres termes, l’existence ou non d’une relation conjugale n’est pas déterminée au moyen de propositions alternatives : mariés ou non mariés, sexe opposé ou même sexe, financièrement dépendants ou financièrement autonomes. Cet arrêt a bien fait ressortir la volonté accrue du droit de regarder au‑delà des apparences formelles de la relation et d’en examiner le contenu. C’est la *nature* de la relation qui est primordiale, et pas le nom qu’on lui donne.
3. À la suite du changement des attitudes et de l’acceptation de la similitude fonctionnelle entre le mariage et de nombreuses relations unissant des personnes non mariées, la Cour a étendu les mesures de protection aux conjoints non mariés. Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, la Cour a conclu que l’état matrimonial était un motif analogue pour l’application du par. 15(1) de la *Charte*, car bien qu’une personne soit en théorie libre de choisir de se marier ou non, il existe en réalité un certain nombre de facteurs, indépendants de sa volonté, qui pourraient faire en sorte que cette décision lui échappe. La juge McLachlin a énuméré certains obstacles susceptibles d’entraver ce choix :

 La loi, l’hésitation à se marier de l’un des partenaires, les contraintes financières, religieuses ou sociales sont autant de facteurs qui empêchent habituellement des partenaires, qui par ailleurs fonctionnent comme une unité familiale, de se marier officiellement. Bref, l’état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne. [par. 153]

1. En reconnaissant à l’état matrimonial le caractère de motif analogue, la Cour a pris acte de la nature complexe et réciproque de la décision de se marier, ainsi que de la myriade de facteurs qui influent sur cette décision. Elle a également reconnu que la décision de vivre ensemble en tant que conjoints non mariés ne constitue peut‑être pas du tout un choix dans les faits.
2. Je tiens à faire une autre observation au sujet de l’historique du traitement réservé aux unions de fait au Canada. Lorsqu’elle a accepté, dans *Miron*, que l’état matrimonial constitue un motif analogue, la juge McLachlin a notamment reconnu le désavantage historique subi par les conjoints non mariés en raison des préjugés de la société à leur endroit. Bien qu’elle ait admis que ce désavantage s’est estompé à mesure que les attitudes ont changé, elle a néanmoins conclu qu’« on ne saurait nier le désavantage historique subi par ce groupe » (par. 152), conclusion qui rappelle de façon importante qu’il est rarement arrivé, à notre époque, qu’une ligne de démarcation nette témoigne clairement du passage fructueux d’un groupe historiquement désavantagé à une réalité dénuée d’obstacles. Le fait que la société semble avoir atténué les attitudes ouvertement discriminatoires qu’elle adoptait à l’égard d’un groupe ne signifie pas que sa conduite soit dépourvue de toute discrimination, même bénigne ou inconsciente.
3. Voilà l’historique qui guide notre analyse fondée sur l’art. 15. Dans *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, la Cour a réitéré son attachement au critère établi dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, où l’art. 15 avait été considéré comme une mesure antidiscrimination. S’appuyant sur les arrêts relatifs aux droits de la personne *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons‑Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 551, et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (« *Action Travail* »), le juge McIntyre a fait les remarques suivantes dans *Andrews* :

 . . . la principale considération doit être *l’effet* de la loi sur l’individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu’il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d’aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l’égalité de bénéfice et de protection et éviter d’imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l’un qu’à l’autre. [Italiques ajoutés; p. 165.]

Il a précisé que la disposition sur l’égalité ainsi que les lois luttant contre la discrimination en général ont pour objet d’éliminer les obstacles qui empêchent les membres d’un groupe énuméré ou analogue d’avoir accès concrètement à des mesures dont dispose la population en général.

1. Dans l’arrêt *Andrews*, un citoyen britannique contestait la condition relative à la citoyenneté à laquelle il devait satisfaire pour être admis au barreau de la Colombie‑Britannique en vertu de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26. Il a eu gain de cause, car la Cour a conclu que cette exigence établissait une distinction fondée sur un motif énuméré — en l’occurrence l’origine nationale — et que cette distinction imposait un fardeau additionnel aux non‑citoyens, c’est‑à‑dire une attente de plusieurs années avant d’être autorisés à pratiquer le droit. La justification invoquée par le gouvernement a été évaluée au regard de l’article premier de la *Charte*.
2. La démarche suivie par le juge McIntyre dans *Andrews* comportait plusieurs éléments importants. Premièrement, comme l’a mentionné le juge, « l’analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues » (p. 180).
3. Deuxièmement, l’expression « indépendamment de toute discrimination » requiert davantage qu’une simple distinction dans le traitement réservé à un groupe ou à des individus. Le juge McIntyre a conclu que cette expression se veut plutôt une forme de réserve, intégrée à l’art. 15, qui a pour effet de limiter les distinctions prohibées par cette disposition à « celles qui entraînent *un préjudice ou un désavantage* » (p. 181 (italiques ajoutés)). Dans la définition qu’il a donnée de la discrimination, le juge McIntyre a dit ceci à propos la notion de « désavantage » :

 . . . la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe [. . .], qui a *pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société*. [Italiques ajoutés; p. 174.]

1. Bref, le critère élaboré dans l’arrêt *Andrews* impose au demandeur le fardeau de démontrer que le gouvernement a établi une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et que l’effet de cette distinction sur l’individu ou le groupe perpétue un désavantage. Si le demandeur fait cette démonstration, il incombe alors au gouvernement de justifier le caractère raisonnable de la distinction conformément à l’article premier. Comme l’a expliqué le juge McIntyre, « toute justification, tout examen du caractère raisonnable de la mesure législative et, en fait, tout examen des facteurs qui pourraient justifier la discrimination et appuyer la constitutionnalité de la mesure législative attaquée devraient se faire en vertu de l’article premier » (p. 182).
2. Ces principes ont été reformulés ainsi dans l’arrêt *Kapp* et, plus tard, dans *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396 : (1) La loi crée‑t‑elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) Cette distinction crée‑t‑elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? (*Kapp*, par. 17; *Withler*, par. 30). Comme l’a précisé la Cour dans *Withler* :

 L’analyse est centrée sur l’effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l’ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe.[par. 39]

1. Lorsqu’elle a mentionné les notions de préjugé et d’application de stéréotypes en reformulant, dans *Kapp*, le deuxième volet du critère de l’arrêt *Andrews*, la Cour n’entendait pas créer une nouvelle analyse pour l’application de l’art. 15. L’arrêt *Withler* indique clairement que, « [e]n définitive, *une seule question* se pose : La mesure contestée transgresse‑t‑elle la norme d’égalité réelle consacrée par le par. 15(1) de la *Charte*? » (par. 2 (italiques ajoutés)). Les préjugés et l’application de stéréotypes sont deux des indices susceptibles d’être utiles pour répondre à cette question; il ne s’agit pas, comme l’explique la professeure Sophia Moreau, d’éléments distincts du critère auquel doit satisfaire le demandeur :

 [traduction] Une interprétation aussi étroite aura vraisemblablement le malheureux effet d’occulter d’autres formes de discrimination à l’endroit de personnes et de groupes qui sont depuis longtemps gravement désavantagés. Il pourrait s’agir par exemple de situations où — sans qu’il y ait manifestation ouverte de préjugés ou application injuste de stéréotypes — il y a oppression ou domination injuste d’un groupe par un autre, ou encore négation à un groupe de biens qui paraissent fondamentaux ou nécessaires à une pleine participation à la société canadienne.

(« *R. v. Kapp* : New Directions for Section 15 » (2008‑2009), 40 *R.D.* *Ottawa* 283, p. 292)

1. Les préjugés sont des attitudes péjoratives reposant sur des opinions bien arrêtées quant aux capacités ou limites propres de personnes ou des groupes auxquels celles‑ci appartiennent. L’application d’un stéréotype est une attitude qui, tout comme un préjugé, tend à désavantager autrui, mais c’est aussi une attitude qui attribue certaines caractéristiques aux membres d’un groupe, sans égard à leurs capacités réelles. Une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes peut indubitablement entraîner une conduite discriminatoire, conduite qui peut à son tour renforcer cette attitude négative, car « l’exclusion même du groupe désavantagé [. . .] favorise la conviction, tant à l’intérieur qu’à l’extérieur du groupe, qu’elle résulte de forces “naturelles”, par exemple que les femmes “ne peuvent tout simplement pas faire le travail” » (*Action Travail*, p. 1139). Comme l’a fait remarquer Walter Tarnopolsky :

 [traduction] . . . c’est le fait d’agir ouvertement, et non la façon de penser elle‑même, qui est prohibé, de telle sorte que, naturellement, dans bien des cas un acte pourrait contrevenir aux lois sur les droits de la personne même en l’absence d’intention discriminatoire, si *l’effet* de cet acte est discriminatoire. [En italique dans l’original.]

(*Discrimination and The Law in Canada* (1982), p. 86)

1. Il faut se garder de considérer que les arrêts *Kapp* et *Withler* ont pour effet d’imposer aux demandeurs invoquant l’art. 15 l’obligation additionnelle de prouver qu’une distinction perpétue une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes à leur endroit. Une telle démarche s’attache à tort à la question de savoir s’il existe une *attitude*, plutôt qu’un effet, discriminatoire, contrairement aux enseignements des arrêts *Andrews*, *Kapp* et *Withler*. Expliquant la notion de préjugé dans *Withler*, la Cour a indiqué ce qui suit : « Sans vouloir limiter les facteurs susceptibles d’être utiles dans l’appréciation d’une allégation de discrimination, disons que, dans les cas où l’effet discriminatoire découlerait de la perpétuation d’un désavantage ou d’un préjugé, entreront en ligne de compte les éléments tendant à prouver qu’un demandeur a été historiquement désavantagé ou fait l’objet de préjugés, ainsi que la nature de l’intérêt touché » (par. 38).
2. C’est la *conduite* discriminatoire que cherche à prévenir l’art. 15, non pas l’attitude ou le mobile à l’origine de cette conduite, comme l’a expliqué le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Action Travail* :

 La question n’est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c’est‑à‑dire découlant du système lui‑même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c’est une indication qu’elles sont peut‑être discriminatoires. [p. 1139, citant le *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi* (1984).]

Ce principe a été réitéré en ces termes par notre Cour dans l’arrêt *Withler* : « Qu’elle vise à déterminer si un désavantage est perpétué ou si un stéréotype est appliqué, l’analyse requise par l’art. 15 appelle l’examen de la situation des membres du groupe et de *l’incidence négative* de la mesure sur eux » (par. 37 (italiques ajoutés)).

1. C’est la leçon qui a été tirée de l’ancien critère fondé sur la « dignité », qui avait été établi dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, et qui obligeait le demandeur à établir que la mesure contestée « perpétu[ait] ou favoris[ait] *l’opinion* que l’individu concerné est moins capable, ou moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou que membre de la société canadienne » (par. 51 (italiques ajoutés)). Dans l’arrêt *Kapp*, notre Cour a reconnu que la protection de la « dignité » constitue un objectif fondamental de l’ensemble de la *Charte*, et non un élément additionnel distinct devant être prouvé par le demandeur dans le cadre de l’analyse relative à l’égalité :

 . . . la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer [. . .], mais encore s’est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l’égalité . . . [En italique dans l’original; par. 22.]

De même, les préjugés et l’application de stéréotypes ne représentent ni des éléments particuliers du critère établi dans l’arrêt *Andrews*, ni des catégories auxquelles doit se rattacher la plainte de discrimination. Le demandeur n’a pas besoin de prouver que la loi qu’il conteste répand des *attitudes* négatives, un aspect essentiellement impossible à mesurer.

1. Par conséquent, exiger d’un demandeur qu’il prouve qu’une distinction perpétue une attitude négative à son endroit serait lui imposer un fardeau dans une large mesure non pertinent, pour ne pas dire indéfinissable.
2. Les arrêts *Kapp* et *Withler* nous fournissent une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Comme l’indique clairement l’arrêt *Withler*, les facteurs contextuels varient dans chaque cas — il n’existe pas de « modèle rigide » :

 *Les facteurs contextuels particuliers pertinents dans l’analyse de l’égalité réelle à la deuxième étape [du critère de l’arrêt Andrews] varieront selon la nature de l’affaire. Un modèle rigide pourrait mener à un examen qui inclut des questions non pertinentes ou, à l’opposé, qui exclut des facteurs pertinents : Kapp.* Des facteurs comme ceux établis dans l’arrêt *Law* — un désavantage préexistant, la correspondance avec les caractéristiques réelles, l’effet sur d’autres groupes et la nature du droit touché — peuvent être utiles. Toutefois, il n’est pas nécessaire de les examiner expressément dans tous les cas pour répondre complètement et correctement à la question de savoir si une distinction particulière est discriminatoire . . . [Italiques ajoutés; par. 66.]

1. À la base, l’art. 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Les actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires. Voici, à ce sujet, la mise en garde faite par la Cour suprême des États‑Unis dans l’affaire *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971) :

 [traduction] . . . les pratiques, procédures ou tests en apparence neutres, et même neutres du point de vue de l’intention, ne peuvent être maintenus s’ils ont pour effet de « préserver » le statu quo, à savoir les pratiques d’embauche discriminatoires antérieures. [p. 430]

1. Le fait de s’attacher, à ce stade, à la question de savoir si l’exclusion du groupe demandeur est raisonnable ou motivée par de bonnes intentions serait incompatible avec l’approche axée sur l’égalité réelle à l’étape du par. 15(1), car l’analyse porterait alors non plus sur *l’effet* de la distinction sur l’individu ou le groupe touché mais sur *l’intention* ou *l’objectif* du législateur. Conformément à la mise en garde formulée par le juge McIntyre dans *Andrews*, le recours à une approche axée sur l’appréciation du caractère « déraisonnable » de la distinction établie par la loi s’éloignerait « radicalement de la façon analytique d’aborder la *Charte* » et « aurait pour effet de dépouiller pratiquement de tout rôle l’article premier » (p. 182). Elle aurait en outre concrètement pour effet de transformer l’analyse fondée sur le par. 15(1) en un examen visant à déterminer si la décision du législateur de nier à un groupe le bénéfice de la loi avait un « fondement rationnel ». Tout cela réduirait l’analyse relative à la discrimination au rôle de [traduction] « prohibition des mesures discriminatoires intentionnelles basées sur des stéréotypes irrationnels » (Sheila McIntyre, « Deference and Dominance : Equality Without Substance », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 95, p. 104). L’évaluation de l’objectif de la loi contestée constitue certes un aspect important de l’analyse fondée sur la *Charte*, mais elle est réalisée à l’étape de l’article premier, une fois que le fardeau de la preuve est passé à l’État, qui doit établir le caractère raisonnable de la violation.
2. Cette distinction cruciale entre les deux étapes de l’analyse relative à l’égalité, soit l’examen fondé sur l’art. 15 et l’étape de la justification suivant l’article premier, nous amène à une autre question juridique qui revêt une importance particulière en l’espèce : la détermination de l’étape de l’analyse à laquelle il convient d’examiner l’effet du *choix* de ne pas se marier. Dans *Miron*, l’état matrimonial a été reconnu comme un motif analogue de discrimination pour l’application du par. 15(1), en raison du fait que la décision de se marier ou non ne constitue pas véritablement un choix. La juge McLachlin a admis que la décision de se marier est limitée par certains facteurs. Ses motifs, que j’ai cités brièvement plus tôt, valent d’être répétés, cette fois plus longuement :

 En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non.  Cependant, en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre.  Il n’est pas toujours possible d’obtenir la sanction de l’union par l’État par un mariage civil. La loi, l’hésitation à se marier de l’un des partenaires, les contraintes financières, religieuses ou sociales sont autant de facteurs qui empêchent habituellement des partenaires, qui par ailleurs fonctionnent comme une unité familiale, de se marier officiellement. Bref, l’état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne. À ce point de vue, l’état matrimonial n’est pas différent de la citoyenneté, qui a été reconnue comme un motif analogue dans l’arrêt *Andrews*; la personne exerce un contrôle limité, mais non exclusif sur son état matrimonial.  [par. 153]

1. Toute appréciation du caractère raisonnable des distinctions fondées sur ce motif ou de leur justification doit être effectuée à l’étape de l’article premier. Le fait de se pencher sur le « choix » de se marier à l’étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1) serait non seulement contraire à l’approche établie dans *Andrews*, mais elle serait tout à fait incompatible avec l’arrêt *Miron* et compromettrait la qualité de motif analogue reconnue à l’état matrimonial. Les motifs analogues ont été définis comme étant des « caractéristique[s] personnelle[s] qui [sont] soit immuable[s], soit modifiable[s] uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l’identité personnelle » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13). Notre Cour a fermement refusé de faire dépendre du contexte l’existence des motifs analogues : un motif ne saurait être réputé immuable dans certains contextes législatifs et constituer une question de choix dans d’autres. Au contraire, un tel motif représente « un indicateur permanent de discrimination législative potentielle » (*Corbiere*, par. 10). La Cour ayant reconnu l’état matrimonial comme motif analogue, il est contradictoire de conclure non seulement que les conjoints de fait ont *effectivement* le choix de décider de leur état matrimonial, mais également que ce même choix a pour effet de les exclure du bénéfice de la protection du par. 15(1), à laquelle ils ont droit suivant l’arrêt *Miron*.
2. Qui plus est, la Cour a maintes fois rejeté des arguments voulant que l’existence d’un choix empêche de conclure qu’une distinction constitue de la discrimination. Dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, l’employeur prétendait que la rémunération différente versée aux femmes qui s’absentaient du travail pendant leur grossesse ne constituait pas de la discrimination, parce que « la grossesse est un état voulu et [. . .], comme les autres formes d’absence volontaire, elle ne saurait faire l’objet de prestations » (p. 1236). Le juge en chef Dickson a refusé de souscrire à l’argument selon lequel la grossesse résulte d’un choix, indiquant que le fait de s’attacher à la notion de choix irait « à l’encontre de l’un des objets des lois anti‑discrimination [. . .] la suppression des désavantages injustes imposés à des personnes ou à des groupes dans la société » (p. 1238). Autrement dit, non seulement la grossesse ne résulte pas d’un « choix véritable », mais l’existence d’un choix n’est *pas pertinente* pour statuer sur la discrimination.
3. Dans l’affaire *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, la Cour était saisie de la question de la discrimination fondée sur la citoyenneté. Les demanderesses contestaient une disposition de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P‑33, qui conférait à la Commission de la fonction publique le pouvoir discrétionnaire de privilégier les candidats détenant la citoyenneté canadienne à l’occasion de concours publics en vue de doter un poste. Au nom des juges majoritaires, le juge Bastarache a expressément rejeté l’argument sur lequel s’est appuyée la juge Arbour dans son opinion distincte et suivant lequel les demanderesses auraient pu choisir d’obtenir la citoyenneté canadienne. Dans leurs propres motifs, qui concordaient avec ceux du juge Bastarache sur ce point, la juge en chef McLachlin et la juge L’Heureux‑Dubé ont rejeté plus clairement encore l’argument voulant que l’existence d’un choix justifierait un traitement discriminatoire :

 . . . le fait qu’une personne puisse éviter la discrimination en modifiant son comportement n’en supprime pas l’effet discriminatoire. S’il en était autrement, l’employeur qui refuserait d’embaucher des femmes dans son usine parce qu’il ne veut pas mettre un vestiaire à leur disposition pourrait prétendre que la cause réelle de l’effet discriminatoire est le « choix » des femmes de ne pas utiliser le vestiaire des hommes. Le seul fait de contraindre certaines personnes à faire ce type de choix viole la dignité humaine et est discriminatoire en soi. Jusqu’à maintenant, le droit en matière de discrimination n’a pas exigé que le demandeur prouve qu’il n’aurait pu éviter l’effet discriminatoire pour que soit reconnue l’atteinte à l’égalité garantie au par. 15(1). [par. 5]

1. Après avoir passé en revue les différentes approches établies pour les besoins de l’analyse fondée sur le par. 15(1) et l’étape de justification au regard de l’article premier, et avoir rappelé l’importance de la conclusion de notre Cour selon laquelle l’état matrimonial constitue un motif analogue, je vais maintenant examiner la dernière question juridique qui requiert notre attention : l’applicabilité de l’arrêt *Walsh* de notre Cour. Comme l’analyse relative à l’égalité que commande le par. 15(1) de la *Charte* a évolué de manière appréciable au cours des dix années qui se sont écoulées depuis l’arrêt *Walsh*, avec égards, je m’abstiendrai de le suivre. Deux aspects de la décision des juges majoritaires dans *Walsh* vont, en fait, manifestement à l’encontre de l’analyse relative à l’égalité réelle élaborée dans les arrêts *Kapp* et *Withler*, c’est‑à‑dire l’approche suivie dans cette décision à l’égard de la question de l’existence d’un choix et le fait qu’on y ait invoqué l’hétérogénéité des unions de fait.
2. Tout comme dans l’affaire dont nous sommes saisis, dans *Walsh*, la Cour a été appelée à considérer le rôle de la liberté de choisir dans une demande fondée sur l’art. 15 concernant l’exclusion des conjoints de fait d’un régime de partage des biens matrimoniaux. Selon les juges majoritaires, « on peut dire des personnes qui se marient qu’elles ont librement accepté des droits et obligations réciproques », ce qu’on ne peut dire des conjoints de fait. Ensuite, les juges ont conclu que ces conjoints « peuvent en toute liberté prendre des mesures à l’égard de leurs biens personnels » de gré à gré (par. 55). En l’espèce, la juge de première instance s’est appuyée de façon déterminante sur l’arrêt *Walsh*, et la Cour d’appel l’a appliqué en partie.
3. Comme je l’ai mentionné précédemment, dans l’affaire *Walsh*, la question de la liberté de choisir a constitué un aspect clé de l’analyse fondée sur le par. 15(1). Tout en admettant que certains conjoints de fait seraient désavantagés par l’application de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, les juges majoritaires ont néanmoins conclu que, comme les conjoints de fait pouvaient *choisir* de se marier ou non, leur exclusion du bénéfice du régime établi par la loi ne faisait pas intervenir la protection du par. 15(1) :

 Personne ne nie qu’il puisse exister des iniquités chez certains couples non mariés et qu’une injustice entre les parties puisse en résulter à la rupture de leur union, mais aucune règle constitutionnelle n’oblige l’État à étendre la portée de la *MPA* pour les protéger.  *Il faut en l’occurrence déterminer si la faculté de faire un choix utile mérite d’être maintenue et si les personnes non mariées sont privées inconstitutionnellement de l’accès aux bénéfices de la MPA*. [Italiques ajoutés; par. 57.]

Dans *Walsh*, les juges majoritaires ont reconnu que l’état matrimonial constitue un motif analogue, mais ils ont justifié les distinctions qu’ils faisaient au sein du groupe visé par ce motif en invoquant le « choix » qu’ont les gens de se marier ou non. Un tel raisonnement va à l’encontre de l’approche relative à l’égalité réelle dans l’analyse fondée sur le par. 15(1), approche suivant laquelle tout argument concernant le caractère raisonnable du texte de loi en cause est considéré à l’étape de l’article premier. Dérogeant à cette approche, les juges de la majorité dans *Walsh* ont amalgamé l’étape de la justification à celle de l’analyse fondée sur l’art. 15, obligeant ainsi les demandeurs à apporter une justification qui, sur le plan analytique, aurait dû incomber à l’État.

1. Dans *Walsh*, les juges majoritaires ont ensuite conclu que, malgré l’effet préjudiciable de la *Matrimonial Property Act* sur certains conjoints de fait, la demanderesse n’avait pas satisfait au critère de l’atteinte à la dignité. Une foi de plus, les juges majoritaires ont souligné l’importance du choix dont disposait la demanderesse et conclu qu’un régime législatif respectant l’autonomie et la liberté de choisir d’une personne a pour effet de *favoriser* la dignité de cette dernière et non de la compromettre. Cette prise en compte de la dignité est l’approche analytique qu’a écartée la Cour dans l’arrêt *Kapp*, lorsqu’elle a cessé de considérer la « dignité » comme un élément essentiel de l’analyse fondée sur le par. 15(1), au motif que ce critère était devenu un fardeau de preuve indu pour les demandeurs.
2. De plus, en s’attachant à la liberté de choisir plutôt qu’à l’effet de la distinction sur les membres du groupe, les juges majoritaires dans *Walsh* n’ont pas accordé suffisamment d’attention à la nécessité de procéder à une véritable analyse de l’égalité réelle, exigence confirmée dans les arrêts *Kapp* et *Withler*. Contrairement à l’égalité formelle, qui suppose une personne [traduction] « autonome, agissant dans son propre intérêt et décidant par elle‑même », l’égalité réelle tient compte non seulement des choix qui s’offrent à la personne, mais également du « contexte socioéconomique dans lequel il[s] s’inscrive[nt] » (Margot Young, « Unequal to the Task : “Kapp”ing the Substantive Potential of Section 15 », dans Sanda Rodgers et Sheila McIntyre, dir., *The Supreme Court of Canada and Social Justice : Commitment, Retrenchment or Retreat* (2010), 183, p. 190‑191 et 196).
3. Cela ne signifie pas que la question de l’existence d’un choix est entièrement dénuée de pertinence dans l’examen d’une demande présentée en vertu du par. 15(1). Cette question pourrait constituer un facteur important afin de déterminer si un motif de discrimination constitue un motif analogue. En outre, elle pourrait jouer un rôle dans l’analyse fondée sur l’article premier. Le fait de considérer la question du choix à cette étape — au lieu de l’intégrer à l’analyse relative à la discrimination, comme l’ont fait les juges majoritaires dans *Walsh* — a pour effet d’imposer à juste titre à l’État le fardeau de tenter de justifier l’exclusion par l’existence d’une liberté de choisir, et évite de compromettre l’analyse fondée sur le par. 15(1). En effet, il n’incombe pas au demandeur de prouver que l’objectif visé par le législateur en édictant l’exclusion est mal fondé, mais plutôt à l’État de justifier cet objectif au regard de l’article premier.
4. L’arrêt *Walsh* s’écarteégalement de l’analyse relative à l’égalité réelle prévue par les arrêts *Kapp* et *Withler* en insistant sur l’hétérogénéité des unions de fait. Dans *Walsh*, les juges majoritaires ont conclu que cette hétérogénéité représente un motif de distinction pertinent entre les conjoints mariés et les conjoints non mariés. Tout en reconnaissant que certains conjoints de fait subissent des effets préjudiciables du fait de leur statut, les juges majoritaires ont souligné que « de nombreuses personnes se trouvant dans une situation semblable à celle des parties, c’est‑à‑dire des personnes de sexe opposé vivant dans une union conjugale d’une certaine permanence, ont choisi de se soustraire à l’institution du mariage et aux conséquences juridiques qui en découlent » (par. 43). Un des motifs invoqués par les juges de la majorité pour rejeter la plainte fondée sur le par. 15(1) est le fait que les conjoints de fait ne sont pas *tous* victimes de discrimination.
5. L’importance qu’ont accordée les juges de la majorité dans *Walsh* au caractère hétérogène des relations unissant des personnes non mariées résulte du fait qu’ils ont appliqué l’analyse basée sur des groupes de comparaison qui avait cours à l’époque. Les juges majoritaires ont examiné la plainte de discrimination en comparant deux groupes : les conjoints hétérosexuels mariés et les conjoints hétérosexuels non mariés. Bien que les juges majoritaires aient conclu que les « similitudes fonctionnelles » entre les unions formelles et les unions de fait pouvaient être importantes, ils ont décidé que « ce serait une erreur [. . .] que de faire abstraction de la grande hétérogénéité du groupe de comparaison auquel appartient l’auteur de l’allégation [c’est‑à‑dire les conjoints hétérosexuels non mariés] » (par. 39).
6. Le raisonnement de la majorité dans *Walsh* illustre les difficultés que pose le recours à des groupes de comparaison, difficultés que l’arrêt subséquent *Withler* a cherché à régler, à savoir qu’« une analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permet pas toujours de détecter l’inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude, de court‑circuiter le deuxième volet de l’analyse de l’égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer » (par. 60). Dans l’affaire *Walsh*, le fait que le groupe de comparaison, en l’occurrence les conjoints mariés, n’était pas le reflet exact de groupe des conjoints non mariés, vu l’hétérogénéité du second, a court‑circuité l’analyse des effets préjudiciables réels subis par une proportion appréciable de conjoints non mariés.
7. Pour toutes ces raisons et, avec égards, contrairement à la Cour d’appel, j’estime que l’on peut à juste titre appliquer à la présente espèce l’analyse fondée sur le par. 15(1) sans être tenu de suivre l’arrêt *Walsh*.

Application

1. La première étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1) consiste à bien circonscrire la distinction invoquée et à déterminer si elle repose sur un motif énuméré ou sur un motif analogue, ce qui est facile à démontrer en l’espèce. L’exclusion des conjoints de fait du bénéfice des protections de nature économique dont jouissent les unions formelles constitue une distinction basée sur l’état matrimonial, un motif analogue.
2. Il faut ensuite se demander si la distinction est discriminatoire. Le fait qu’elle impose un désavantage est clair à mon avis : la loi exclut les conjoints de fait financièrement vulnérables et dépendants du bénéfice de mesures de protection considérées si essentielles au bien‑être des conjoints vulnérables mariés ou unis civilement que l’une d’elles s’applique de manière présumée et que les autres sont d’ordre public, écartant ainsi explicitement la liberté de contracter ou de choisir de ces couples. Le désavantage perpétué par cette exclusion a un caractère historique : elle continue de nier aux conjoints de fait des mesures de soutien financier qui leur ont toujours été refusées, des mesures que l’Assemblée nationale a jugé indispensables pour protéger les conjoints mariés ou unis civilement.
3. Il fait peu de doute que certaines unions de fait sont fonctionnellement similaires aux unions formellement reconnues. En 1976, lors du dépôt de sa réforme du droit de la famille, le ministère du Procureur général de l’Ontario a reconnu que les caractéristiques fonctionnelles des relations unissant des personnes non mariées justifiaient de leur accorder une certaine protection :

 [traduction] Lorsqu’un homme et une femme vivent ensemble dans le cadre d’une relation d’une certaine permanence, leur union acquiert les mêmes caractéristiques financières qu’un mariage légalement reconnu. Souvent, les deux conjoints contribuent aux charges du ménage. Il se peut que, pour certaines tâches, un des conjoints dépende de l’autre tout autant que cela se produit chez les personnes mariées.

(*Family Law Reform*, p. 18)

1. Dans le même ordre d’idées, le British Columbia Law Institute a fait remarquer que les personnes vivant au sein d’une [traduction] « relation qui ressemble au mariage risquent de subir un préjudice économique en cas de rupture » et « elles ont elles aussi besoin de protection » (*Report on Recognition of Spousal and Family Status* (1998), p. 7). Selon la Commission de réforme du droit de la Nouvelle‑Écosse, en raison de similitudes fonctionnelles, les relations unissant des personnes non mariées [traduction] « méritent un traitement similaire en droit » à celui réservé aux mariages (*Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997), p. 21). Pour sa part, la Commission de réforme du droit de la Saskatchewan a rattaché ces similitudes fonctionnelles aux objectifs de la loi régissant le partage des biens matrimoniaux, formulant les commentaires suivants :

 [traduction] Les réalités du mariage, et non la situation juridique qui en découle, justifiaient de légiférer [en matière de patrimoine familial]. Si les unions de fait de longue durée présentent des similitudes fonctionnelles, le mécanisme créant le statut est moins important que le fait que ce statut emporte, sur le plan social, des attentes généralement associées au mariage.

(Document de travail, « Common Law Relationships Under the Matrimonial Property Act », juillet 1997 (en ligne), p. 12)

1. Cette conception des similitudes fonctionnelles entre les unions de fait et les mariages est, il convient de le souligner, également partagée au Québec. En effet, en 1978, lorsque l’Office de révision du Code civil a proposé des modifications au régime régissant les unions de fait, il a reconnu l’existence de ces similitudes, faisant remarquer que « [l]’union de fait, pour être plus fragile, n’en est pas moins, souvent, aussi stable que le mariage » (*Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. II — *Commentaires*, t. 1, p. 115).
2. Notre Cour a elle aussi volontiers admis que certaines unions de fait présentent les caractéristiques fonctionnelles des mariages. Quant aux obligations alimentaires entre conjoints, les juges Cory et Iacobucci ont conclu, dans l’arrêt *M. c. H.*, que tant les couples de même sexe non mariés, que les couples de sexe opposé non mariés et les couples mariés peuvent posséder les « caractéristiques généralement acceptées de l’union conjugale, soit le partage d’un toit, les rapports personnels et sexuels, les services, les activités sociales, le soutien financier, les enfants et aussi l’image sociétale du couple » (par. 59). Qui plus est, dans l’arrêt *Pettkus c. Becker*, le juge Dickson a reconnu que « [r]ien ne justifie que l’on fasse une distinction, lors du partage des biens et de l’actif, entre les personnes mariées et les personnes liées par une relation moins formelle qui dure depuis longtemps »; il a également reconnu que, sans être mariées, les parties « [avaient] vécu comme mari et femme » (p. 850).
3. Même s’il existe un éventail de besoins ou de situations de vulnérabilité à l’intérieur du groupe des conjoints de fait, comme cela est d’ailleurs inévitable, notre Cour a conclu que l’hétérogénéité d’un groupe de demandeurs n’est pas fatale à une plainte de discrimination. Dans *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, le juge en chef Dickson a carrément rejeté, tout comme il l’avait fait dans *Brooks*, l’idée voulant que, pour qu’une plainte de discrimination soit accueillie, tous les membres du groupe en question doivent être traités de la même manière par la mesure législative contestée :

 Bien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu’en raison de ses caractéristiques personnelles, *il n’est pas nécessaire, pour qu’il y ait discrimination, que tous les membres du groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l’attribution d’une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l’objet*.  S’il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur. En effet, il arrive rarement qu’une mesure discriminatoire soit si nettement exprimée qu’elle s’applique de façon identique à tous les membres du groupe‑cible. Dans presque tous les cas de discrimination, la mesure discriminatoire comporte divers éléments de sorte que certains membres du groupe concerné ne sont pas atteints, tout au moins de façon directe, par la mesure discriminatoire. *Refuser de conclure à la discrimination dans les circonstances de ce pourvoi équivaut à nier l’existence de la discrimination chaque fois que les pratiques discriminatoires ne touchent pas l’ensemble du groupe‑cible*. C’est affirmer, par exemple, que l’employeur qui n’engage une femme que si elle a deux fois plus de diplômes qu’un homme n’est pas coupable de discrimination sexuelle si, en dépit de cette politique, il engage tout de même quelques femmes. [Italiques ajoutés; p. 1288‑1289.]

1. Bien que les arrêts *Janzen* et *Brooks* aient été décidés dans le contexte des droits de la personne, ils ont par la suite été appliqués dans l’affaire touchant la *Charte*, *Nouvelle‑Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, où le juge Gonthier a conclu que « [n]otre Cour reconnaît depuis longtemps qu’une différence de traitement peut [exister] même lorsque les membres du groupe pertinent ne sont pas tous également maltraités » (par. 76). Autrement dit, même si quelques membres seulement d’un groupe énuméré ou analogue sont victimes de discrimination du fait de leur appartenance à ce groupe, la distinction qui est faite et son effet préjudiciable peuvent tout de même constituer de la discrimination.
2. L’Assemblée nationale a édicté des garanties économiques en faveur des conjoints vivant dans des unions formelles, au motif qu’il était nécessaire de les protéger des conséquences financières des rôles qu’ils jouent au sein de la relation. Comme bon nombre de conjoints vivant au sein d’unions de fait présentent les mêmes caractéristiques fonctionnelles que ceux vivant dans des unions formelles, y compris le même risque qu’un des conjoints se retrouve financièrement vulnérable ou désavantagé en cas de rupture, l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice de telles mesures de protection perpétue le désavantage historique dont ils sont victimes, et ce, sur la base de leur état matrimonial.
3. Il n’est pas nécessaire de démontrer l’existence d’une attitude imbue de préjugés motivant l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice des mesures de protection prévues par la loi et dont l’application est présumée, ou créée par cette exclusion. Il n’est pas non plus nécessaire de se demander si l’exclusion répand l’opinion que l’individu concerné est moins capable ou moins digne d’être reconnu en tant qu’être humain ou que citoyen — élément qui, comme il est expliqué dans *Kapp*, serait difficile à prouver. Les attitudes ont certes changé envers les unions de fait au Québec; mais ce qui importe n’est pas l’évolution *des mentalités* à leur égard, mais le fait que le *traitement* discriminatoire qu’on leur réserve se poursuit.
4. Ce qui nous amène à l’analyse fondée sur l’article premier. La juge saisie de la demande a conclu que l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice des mesures de protection prévues par la loi et dont l’application est présumée avait pour objectif de préserver la liberté de ces personnes de choisir de ne pas être visées par les régimes légaux régissant les mariages et les unions civiles. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont pour leur part émis des doutes quant à savoir si, dans le contexte du soutien alimentaire en faveur du conjoint, le maintien de la liberté de choisir peut être considéré comme un objectif urgent et réel. Ils ont souligné que le Québec a adopté des dispositions *impératives* en matière de soutien alimentaire et a, de ce fait, retiré aux conjoints mariés ou unis civilement leur liberté de choisir, dans un souci de protection et d’indemnisation des conjoints financièrement vulnérables. Par contre, les conjoints de fait se sont vu refuser ce genre de protection, en raison de cette même liberté de choisir que le Québec a estimé non pertinente dans le cas des relations conjugales reconnues formellement. Toutefois, comme l’objectif consistant à préserver la liberté de choisir n’a pas été débattu vigoureusement devant notre Cour par les parties, je l’accepte pour les besoins de l’analyse fondée sur l’article premier.
5. À l’étape de l’examen du lien rationnel, l’État ne supporte pas un lourd fardeau. Il doit démontrer « qu’il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l’objectif, et non qu’elle y contribuera effectivement » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 48). Bien que le lien invoqué en l’espèce soit ténu à mes yeux, je ne peux affirmer que le fait d’exclure les conjoints de fait du bénéfice des mesures de protection relatives au soutien alimentaire et au partage des biens n’a absolument aucun rapport avec l’objectif qui consiste à accorder à ces couples la liberté de choisir de ne pas être visés par les régimes légaux régissant le mariage et l’union civile.
6. Dans le présent pourvoi, l’étape cruciale de l’analyse est à mon avis celle de l’atteinte minimale, étape à laquelle « le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit [. . .] aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif » (*RJR‑MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160). À mon avis, il est impossible d’affirmer que l’exclusion totale des conjoints de fait porte atteinte de façon minimale à leur droit à l’égalité. En revanche, un régime dont la protection s’appliquerait de manière présumée et qui serait assorti d’un droit de retrait en faveur des conjoints de fait constitue un exemple de solution de rechange propre à assurer aux conjoints financièrement vulnérables la protection dont ils ont besoin, sans compromettre l’objectif du législateur qui consiste à accorder la liberté de choisir aux conjoints de fait qui souhaitent s’en prévaloir.
7. La Cour est généralement réticente à faire montre de déférence à l’endroit du législateur dans les cas d’exclusion totale des demandeurs du bénéfice d’un régime établi par la loi. Dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie‑Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, la Cour a dit, au sujet du financement de services d’interprétation gestuelle, qu’une telle approche n’établissait pas « un équilibre raisonnable entre les revendications sociales concurrentes auxquelles doit s’attaquer notre société » (par. 93, citant *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 314). De même, dans *Tétreault‑Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, la Cour a conclu que, même en reconnaissant au législateur « la possibilité de jouir d’une large souplesse [. . .] [le fait d’]interdire complètement l’accès aux prestations d’assurance‑chômage ne constitu[ait] pas une méthode acceptable pour atteindre l’un quelconque des objectifs énoncés précédemment » (p. 47). Et, dans l’affaire *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, relativement à la décision d’exclure totalement l’orientation sexuelle des motifs de distinction interdits en matière de protection des droits de la personne, la Cour a jugé qu’« il ne conv[enait] pas d’invoquer le principe de la retenue judiciaire » (par. 127).
8. Cette aversion pour les exclusions complètes n’est guère surprenante, car l’État est tenu, à l’étape de l’examen fondé sur l’article premier, « d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace » (*RJR‑MacDonald*, par. 160). Il sera difficile de se décharger d’un tel fardeau dans les cas où, comme en l’espèce, un groupe est entièrement privé de l’accès à un régime réparateur.
9. Je concède que l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice des régimes relatifs au soutien alimentaire en faveur du conjoint et à la séparation des biens au Québec a constitué une décision de politique générale mûrement réfléchie. Comme le souligne mon collègue le juge LeBel, cette décision a été débattue et réaffirmée à l’occasion des diverses réformes du droit de la famille qui se sont succédé depuis 1980. Cependant, l’ampleur des débats, des consultations et des efforts qui ont pu précéder l’adoption d’une mesure législative ne saurait immuniser celle‑ci contre le contrôle de sa constitutionnalité. L’élément le plus important est le choix législatif qui en résulte. Ni le processus de délibération suivi — ni la popularité de la mesure — ne suffisent pour démontrer le respect des exigences de la Constitution.
10. Dans *M. c. H.*, notre Cour a conclu qu’il y a lieu de faire montre de déférence à l’égard des décisions de politique générale que le législateur est « mieux en mesure de faire que le tribunal, comme par exemple des jugements de principe difficiles concernant les demandes de groupe concurrents ou l’évaluation de recherches complexes et contradictoires en sciences humaines » (par. 79). Toutefois, elle a poursuivi en statuant que la question du droit des conjoints au soutien alimentaire *n’*était *pas* une question qui commandait la déférence envers le législateur :

 Étant donné qu’aucun groupe ne sera défavorisé par l’octroi aux membres des couples de même sexe de l’accès au régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la [*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O 1990, ch. F.3], la notion de retenue à l’égard des choix du législateur appelé à trouver un point d’équilibre entre des groupes concurrents n’a aucune application en l’espèce. [par. 126]

1. On a plaidé que les conjoints de fait disposent d’autres mécanismes compensant leur exclusion du bénéfice des régimes relatifs au soutien alimentaire et au partage des biens, à savoir la faculté de signer des contrats de cohabitation ou d’exercer une action pour enrichissement injustifié. Or, ces mesures de protection de nature contractuelle et législative dont disposent les conjoints de fait au Québec sont de beaucoup inférieures à celles qu’obtiennent par voie de présomption les conjoints mariés ou unis civilement, autant du point de vue de leur teneur que de la possibilité réaliste que les conjoints de fait les plus vulnérables puissent s’en prévaloir. La Cour a déjà rejeté, dans *M. c. H*., la thèse selon laquelle la possibilité de recourir à l’une ou l’autre de ces solutions signifiait qu’il n’y avait aucune discrimination à l’endroit des conjoints de même sexe exclus du bénéfice des dispositions relatives au soutien alimentaire. La Cour a jugé que « ni les recours en *equity* prévus par la common law ni le droit des contrats ne peuvent être adéquatement substitués au régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* » et que « si ces recours étaient jugés satisfaisants, le régime de l’obligation alimentaire entre conjoints serait inutile » (par. 124). Comme nous le verrons, ces solutions de rechange sont à mon humble avis tout aussi inadéquates pour remplacer le régime de partage des biens.
2. Relativement aux contrats de cohabitation, le juge Iacobucci a conclu, dans *M. c. H.*, qu’ils ne constituaient pas une solution adéquate pour justifier l’exclusion des conjoints de même sexe du bénéfice de la loi (voir le par. 124). Un contrat nécessite des gestes concrets de la part des conjoints. En d’autres mots, « [c]eux qui veulent régler la question [du soutien alimentaire] avant la rupture de l’union sont obligés soit de faire préparer à leur frais une convention adéquate, soit de prendre le risque de se retrouver sans recours juridique » (par. 122). Les conjoints de fait sont placés devant le même dilemme en ce qui concerne le partage des biens : comme ils sont exclus du bénéfice des régimes légaux dont l’application est présumée, ils doivent soit faire dresser à leurs frais une convention de partage soit accepter les risques découlant du fait de n’être pas protégés. Le juge Iacobucci a en outre mentionné que les contrats offrent une protection inférieure à celle accordée par la loi, par exemple en cas de faillite (par. 123).
3. Pour ce qui est de la faculté qu’ont les conjoints de fait d’intenter un recours pour enrichissement injustifié, la Cour a également conclu de manière non équivoque dans *M. c. H.* qu’un tel recours ne constituait pas une solution de rechange valable à une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint. Elle a jugé qu’une action pour enrichissement injustifié porte sur des intérêts différents de ceux visés par une ordonnance alimentaire et qu’une telle action « impos[e] des exigences plus grandes aux demandeurs et ne peu[t] être exercé[e] qu’en des circonstances bien plus restreintes » (par. 120). Ces remarques réfutent entièrement l’argument voulant que la possibilité d’intenter une action pour enrichissement injustifiée remplace équitablement les mesures de soutien alimentaires en faveur du conjoint.
4. L’action pour enrichissement injustifié constitue une solution de rechange tout aussi inadéquate au partage des biens présumé par la loi. La principale différence entre cette action et les dispositions du *Code* qui s’appliquent de manière impérative ou présumée au partage des biens est le fardeau de preuve qui est imposé au demandeur par la première. Tandis que le régime de la société d’acquêts et celui régissant le patrimoine familial ont pour effet de présumer le partage égal du patrimoine, le demandeur à une action pour enrichissement injustifié doit faire la preuve de son apport avant que le tribunal puisse ordonner le paiement d’une indemnité correspondant à cet apport.
5. À mon avis, l’historique législatif des dispositions concernant les biens familiaux est crucial à cet égard. Comme nous l’avons vu, les règles relatives au patrimoine familial ont été édictées pour remédier à ce qu’on percevait comme des lacunes du mécanisme de la prestation compensatoire, lequel permet aux conjoints mariés ou unis civilement de réclamer une indemnité en compensation de leurs apports *prouvés* à l’enrichissement du patrimoine de l’autre conjoint (art. 427 *C.c.Q.*). Autrement dit, la prestation compensatoire joue un rôle très semblable à celui de l’action pour enrichissement injustifié. Toutefois, l’Assemblée nationale a clairement décidé que la prestation compensatoire constituait une mesure de réparation insuffisante, parce qu’elle impose un fardeau trop lourd au demandeur. Par conséquent, elle a établi le régime du patrimoine familial, qui s’applique impérativement, ne nécessite pas la preuve d’un apport et crée une présomption de partage égal des biens. Compte tenu du fait que le législateur lui‑même a considéré qu’un recours analogue à l’action pour enrichissement injustifié ne protégeait pas suffisamment les conjoints mariés ou unis civilement, une telle action constitue, dans le cas des conjoints de fait, une solution de rechange inadéquate au regard de l’article premier.
6. Comme notre Cour l’a indiqué dans l’arrêt *Martin*, il est possible d’examiner les mesures adoptées dans le reste du Canada pour déterminer s’il existe des solutions de rechange moins attentatoires que les mesures contestées (par. 112). Toutes les autres provinces ont élargi aux conjoints non mariés le bénéfice du soutien alimentaire en faveur du conjoint. Chaque législateur a tracé les contours propres à son régime en fixant la période minimale pendant laquelle les couples doivent cohabiter avant d’être assujettis à celui‑ci, et il a préservé le libre choix des conjoints de fait en leur accordant une faculté de retrait. La Saskatchewan, le Manitoba, la Colombie‑Britannique, le Nunavut et les Territoires du Nord‑Ouest ont étendu l’application des dispositions législatives sur le partage des biens aux conjoints non mariés (la loi de la Colombie‑Britannique n’étant toutefois pas encore en vigueur). Toutefois, malgré l’absence d’uniformité sur la question du partage des biens, et en dépit des seuils différents établis dans le reste du Canada pour l’application de ces régimes aux conjoints non mariés, l’existence de ces solutions de rechange à l’exclusion totale est instructive.
7. Il va de soi que le Québec n’est pas tenu de reproduire le traitement réservé aux conjoints de fait par une autre province. Non seulement le Québec dispose‑t‑il d’un système de droit privé différent de celui du reste du Canada, mais il possède également des valeurs historiques et sociales uniques, qu’il a le droit d’exprimer par ses lois. Cependant, l’examen de ces autres régimes peut être utile pour déterminer s’il *existe* un moyen moins attentatoire de réaliser l’objectif consistant à préserver la liberté de choisir.
8. Le système actuel d’*adhésion volontaire* aux mesures de protection peut fort bien convenir à certains conjoints de fait qui, au début de leur relation, jouissent d’une sécurité financière suffisante, sont adéquatement renseignés sur le plan juridique et entendent délibérément éviter les conséquences d’une union plus formelle. Mais leur capacité de choisir librement peut être protégée de façon tout aussi efficace par un régime de protection assorti d’un mécanisme de *retrait*. Toutefois, les besoins des personnes financièrement vulnérables vivant en unions de fait ne requièrent pas moins de mesures de protection applicables de manière présumée que ceux des personnes dans la même situation vivant au sein d’unions plus formelles.
9. Dans son rapport d’expertise, la professeure Hélène Belleau signale que, parmi les conjoints de fait ayant participé à son enquête, les personnes les plus susceptibles de savoir qu’elles ne bénéficiaient pas des mêmes protections légales que les conjoints mariés ou unis civilement étaient celles qui étaient familières avec le droit en raison de leur profession ou de celle de leur conjoint, ou qui avaient déjà vécu une séparation. La professeure Belleau explique que, à part ce groupe de personnes ayant acquis une certaine expérience personnelle ou professionnelle du droit, la plupart des conjoints réfléchissent rarement aux règles juridiques applicables aux unions de fait ou bien ne les connaissent pas :

 Dans 1’ensemble, il ressort clairement que les répondants méconnaissent les droits et obligations encadrant le mariage qu’ils associent plus généralement à la vie conjugale et donc aussi, aux couples vivant en union de fait. . .

 La majorité des conjoints de fait et des conjoints mariés pensent que les couples vivant en union de fait depuis quelques années, ou lorsqu’ils ont un enfant, ont les mêmes droits et obligations advenant une rupture. . .

 Au‑delà de cette méconnaissance, on constate également que les questions légales sont peu abordées par les couples, notamment parce qu’elles vont à contre‑courant de l’idéologie amoureuse. Aborder les questions juridiques qui balisent la relation conjugale conduit inévitablement à entrevoir la possibilité d’une rupture éventuelle. Ces questions dans le cadre d’un projet de mariage ou encore d’une relation de conjoint de fait cadrent difficilement avec l’idéologie amoureuse. . .

 Pour la majorité des conjoints de fait et des conjoints mariés, les questions légales ne font pas partie de la réflexion autour de l’idée de se marier ou non. Ils croient, de toute manière, avoir les mêmes droits et obligations que les gens mariés. [Dossier conjoint, vol. 8, p. 70-71]

De même, dans « Controversy Over Couples in Canada : The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships » (2003), 29 *Queen’s L.J.* 41, p. 53, le professeur Nicholas Bala fait la remarque suivante :

 [traduction] . . . s’il ne fait aucun doute que « certains » conjoints vivent en union de fait parce qu’ils ont sciemment choisi de ne pas assumer les obligations qui découlent du mariage, de nombreux autres réfléchissent peu à leurs droits et à leurs obligations ou sont soit mal informés soit à juste titre incertains en ce qui concerne la nature exacte des droits des conjoints de fait.

1. Ces observations font écho à celles qu’a faites le juge Dickson dans l’arrêt *Rathwell* et selon lesquelles, pour de nombreux conjoints, les droits économiques et juridiques découlant de leur union ne les préoccupent pas tant que le bonheur règne au sein du couple. Bon nombre de couples — mariés ou vivant en union de fait — « ne pensent pas à l’éventualité d’une séparation et d’un divorce », tout simplement (p. 444). Cette méconnaissance qui existe chez un grand nombre de conjoints de fait, et que confirme d’ailleurs la preuve à cet effet, illustre bien le mérite relatif d’un régime établissant une présomption de protection en faveur de ces personnes, que celles‑ci connaissent ou non leurs droits juridiques, tout en laissant aux conjoints de fait qui désirent s’en prévaloir la liberté de choisir de ne pas être protégés.
2. Une autre lacune du régime actuel fondé sur l’adhésion volontaire est le fait qu’il ne reconnaît pas que la décision de se marier formellement est une décision mutuelle. Un des membres du couple peut décider de refuser de se marier ou de s’unir civilement et ainsi priver l’autre du bénéfice d’un soutien alimentaire nécessaire lorsque la relation prend fin. Dans les motifs dissidents qu’elle a exposés dans *Walsh*, la juge L’Heureux‑Dubé a souligné qu’« [i]l en résulte une situation où l’une des parties à l’union de fait conserve son autonomie au détriment de l’autre : [traduction] “Le revers de l’autonomie de l’un, c’est souvent l’exploitation de l’autre”» (par. 152, citant W. H. Holland, « Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap? », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality* (1994), 369, p. 380). L’affaire dont nous sommes saisis correspond tout à fait à la situation évoquée dans cette observation : Mme A réitérait constamment son souhait de se marier, mais M. B s’y refusait, privant ainsi Mme A de la possibilité d’obtenir un soutien alimentaire en cas de rupture de la relation.
3. Ultimement, c’est au législateur québécois qu’il appartient de choisir la façon de remédier à la violation de l’art. 15. Selon le régime québécois actuel, les conjoints de fait ont le choix de conclure un contrat constatant certaines mesures de protection, de se marier et de bénéficier alors de l’ensemble des mesures de protection prévues par la loi ou encore de rester libres de quelque droit ou obligation réciproque que ce soit. Aucune de ces solutions ne serait compromise par un régime dont la protection s’appliquerait de manière présumée. Il est tout à fait possible pour le Québec de concevoir un régime qui offrirait toutes ces possibilités. Les conjoints qui connaissent leurs droits juridiques et qui choisiraient de ne pas se marier afin d’éviter d’être assujettis aux régimes relatifs au soutien alimentaire et au partage des biens en vigueur au Québec seraient également libres de se retirer du régime de protection présumée. Cependant, le fait de modifier la situation applicable *par défaut* aux conjoints de fait, pour qu’ils aient droit à une certaine forme de protection au titre du soutien alimentaire et du partage des biens, aurait pour effet de protéger les conjoints pour qui le choix entre les solutions susmentionnées est illusoire et qui se retrouveraient financièrement vulnérables en cas d’échec de la relation.
4. Compte tenu de la conclusion selon laquelle les dispositions en cause ne sont pas minimalement attentatoires étant donné qu’il existe d’autres mécanismes qui permettraient de préserver la liberté de choisir, il n’est pas nécessaire, à proprement parler, de procéder à la dernière étape de l’analyse établie dans *Oakes*. Néanmoins, j’estime que le fait de préciser les raisons pour lesquelles les effets préjudiciables de l’exclusion du bénéfice des mesures de protection sont plus prononcés que ses effets bénéfiques pourrait avoir une certaine utilité. Le préjudice causé par l’exclusion de tous les conjoints de fait du bénéfice de la protection des régimes applicables en matière de soutien alimentaire en faveur du conjoint et de biens familiaux est évidemment profond. La juge Hallée de la Cour supérieure a conclu, à la lumière des données du recensement et de rapports d’expertise, que le nombre d’unions de fait au Québec ne cesse de croître. En 2006, elles représentaient 34,6 % de toutes les unions dans cette province. L’exclusion du bénéfice des régimes susmentionnés a donc une incidence sur plus du tiers des couples québécois.
5. En raison de cette exclusion, les conjoints de fait susceptibles d’être vulnérables se voient contraints, contrairement aux conjoints également susceptibles d’être vulnérables mais vivant au sein d’unions formelles, de consacrer temps, efforts et argent pour tenter d’obtenir une forme ou une autre d’assistance financière. Le conjoint vulnérable qui ne fait pas ces démarches, soit par absence de connaissances ou par manque de ressources, soit parce que les solutions qui lui sont ouvertes sont limitées par un conjoint non coopératif, demeurera sans protection. En cas de rupture, les conséquences pour un tel conjoint vulnérable peuvent s’avérer catastrophiques, comme c’est le cas pour les conjoints financièrement dépendants vivant au sein d’unions formelles. Or, la différence tient à ce que les seconds ont d’office accès à de possibles réparations financières. Les conjoints de fait n’ont pour leur part pas accès à ces possibilités.
6. Par contre, l’effet bénéfique de l’exclusion est qu’elle préserve la liberté des conjoints de fait de choisir ne pas vivre dans une union formelle. Abstraction faite de la remarque incisive de la juge McLachlin dans *Miron* quant au caractère véritablement authentique d’un tel choix, cette liberté serait tout aussi bien protégée dans le cadre d’un régime qui s’appliquerait de manière présumée. Ceux pour qui l’union de fait constitue véritablement un moyen de conserver leur indépendance économique pourraient toujours parvenir à ce résultat en se retirant du champ d’application du régime. Comme l’effet bénéfique de l’exclusion peut être réalisé sans qu’il soit porté atteinte d’aucune façon à la liberté de choisir des conjoints de fait, on ne saurait affirmer qu’il l’emporte sur l’effet préjudiciable grave subi par les conjoints de fait financièrement vulnérables en raison de leur exclusion du bénéfice du régime relatif au soutien alimentaire en faveur du conjoint et du régime relatif aux biens familiaux.
7. Étant donné que la distinction découlant de l’exclusion des conjoints de fait de la protection du régime de soutien alimentaire établi à l’art. 585 et des mesures de partage des biens prévues aux art. 401 à 430, 432, 433 et 448 à 484 du *Code civil* ne peut être justifiée, ces dispositions sont inconstitutionnelles.
8. En conséquence, j’accueillerais l’appel de Mme A en partie et je rejetterais les appels interjetés par le procureur général du Québec et M. B.

 Les motifs des juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis ont été rendus par

1. La juge Deschamps (dissidente en partie quant au résultat) — Je suis d’accord avec la juge Abella pour conclure que le législateur québécois enfreint la garantie d’égalité en écartant les conjoints de fait de toutes les mesures de protection accordées en cas de rupture de la relation familiale aux personnes mariées ou unies civilement. Je ne peux cependant, comme le fait ma collègue, considérer ces différentes mesures sur un même pied. Par ailleurs, je ne peux non plus adhérer à la thèse de mon collègue le juge LeBel selon laquelle la majorité des mesures de protection constituent un régime primaire impératif visant un seul et même objectif dominant. Bien que la pension alimentaire et les mesures touchant les biens patrimoniaux partagent plusieurs fonctions et objectifs, elles ne peuvent ni ne doivent être confondues. Les besoins auxquels elles répondent ainsi que le traitement qui leur a été réservé jusqu’ici par le législateur justifie de les analyser séparément. Suivant l’analyse que j’en fais, seule l’exclusion de la pension alimentaire n’est pas justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »).
2. Outre la pension alimentaire, les mesures en cause sont le régime matrimonial, la prestation compensatoire, la résidence familiale et le patrimoine familial. Ces différentes mesures, qui résultent d’interventions successives du législateur québécois, ont eu pour effet d’augmenter progressivement la protection accordée aux personnes mariées ou unies civilement. Par contre, l’art. 585 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »), consacre le caractère distinct du droit à une pension alimentaire reconnu aux personnes nécessiteuses faisant partie de la cellule familiale, et ce, indépendamment de toute fonction compensatoire ou du consentement du débiteur alimentaire. Cette disposition se distingue de celles régissant le partage des biens, lesquelles répondent à des besoins plus variés, dont celui de protéger le conjoint vulnérable, de compenser l’apport des parties durant la vie commune et de reconnaître le fait de l’union économique formée par les couples mariés ou unis civilement. Je souscris à la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’exclusion des conjoints de fait de toute protection alimentaire ne peut être traitée de la même manière que l’exclusion des conjoints de fait de la protection des autres mesures (2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259). Pour les motifs qui suivent, je rejetterais les appels.
3. Dans mon analyse du droit des conjoints de fait à l’égalité, je ne m’appuie pas directement sur l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325. En effet, j’estime que certains aspects de cette décision n’ont pas survécu aux récents arrêts de notre Cour *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, et *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, particulièrement le fait que la faculté qu’ont les parties de se marier pour bénéficier des mesures relatives aux biens patrimoniaux ait été considérée comme un des facteurs dans l’analyse de l’atteinte au droit à l’égalité plutôt que dans celle de la justification au regard de l’article premier de la *Charte*. Le fait que la liberté de choisir des parties ait été invoquée à l’étape de l’étude de l’atteinte au droit ne peut, à mon avis, s’expliquer que par l’application de la grille d’analyse établie dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. L’autonomie de la volonté des parties n’intervient, selon moi, qu’à l’étape de la justification, puisqu’il s’agit de l’objectif avancé par le législateur québécois.
4. Mes collègues les juges LeBel et Abella ne remettent pas en question la reconnaissance de l’état matrimonial comme motif analogue pour les besoins de l’analyse fondée sur l’art. 15 de la *Charte*. Le juge LeBel conclut que la distinction en litige n’est pas discriminatoire. Avec égards pour l’opinion qu’exprime mon collègue, je souscris à l’analyse que fait la juge Abella de l’art. 15 de la *Charte*. L’exclusion des conjoints de fait du bénéfice des protections prévues par le *C.c.Q.* perpétue un désavantage historique (*Withler*, par. 3, 35, 37 et 54). La Cour a reconnu que le statut de personne non mariée constitue un motif analogue, parce que, historiquement, ces personnes étaient considérées comme ayant adopté un régime de vie moins digne de respect que celui des personnes mariées. Pour cette raison, elles étaient exclues du bénéfice des protections sociales. Bien que la perception qu’a la société du statut de conjoint de fait ait évolué au cours des dernières décennies et que rien n’indique que le législateur québécois ait eu l’intention de stigmatiser les conjoints de fait, la négation des bénéfices en question perpétue le désavantage dont ces personnes ont historiquement fait l’objet (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 152). Il était donc nécessaire pour le procureur général du Québec de justifier cette distinction.

I. Justification

1. Fonctionnellement, toutes les mesures en cause ont pour effet de protéger les personnes mariées ou unies civilement qui se retrouvent dans le besoin à la suite d’une séparation. Cependant, comme les fondements sur lesquels reposent l’aide alimentaire et les autres mesures de protection ne sont pas tous les mêmes, j’estime que la Cour d’appel a eu raison d’établir une distinction pour la pension alimentaire.
2. Dans *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, par. 15, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), qui s’exprimait alors pour la Cour, a reconnu que la pension alimentaire peut reposer sur trois fondements, un premier de nature compensatoire, un deuxième de nature contractuelle et un troisième de nature non compensatoire. Si le courant autonomiste qui prédomine depuis une cinquantaine d’années a mis au premier plan les aspects compensatoire et contractuel, le fondement non compensatoire demeure néanmoins toujours présent. Le caractère général des propos de la juge McLachlin au sujet du fondement non compensatoire de la pension alimentaire dans le contexte du mariage permet de les étendre aux conjoints de fait (par. 31) :

La conception du mariage fondée sur l’obligation mutuelle satisfait également à certains objectifs de politique générale et à certaines valeurs sociales.  Premièrement, elle reconnaît que, lorsque des gens cohabitent pendant un certain temps dans une relation familiale, leurs affaires peuvent devenir entremêlées et impossibles à démêler de manière ordonnée.  Quand cela se produit, il n’est pas injuste de demander aux partenaires de continuer à subvenir mutuellement à leurs besoins (quoique peut‑être pas indéfiniment).  Deuxièmement, elle reconnaît qu’il est irréaliste de supposer que tous les couples qui se séparent pourront facilement passer de l’obligation alimentaire mutuelle du mariage à l’indépendance absolue du célibat, d’où la nécessité éventuelle de poursuivre le versement d’aliments même après la « rupture » du mariage.  Enfin, elle impose aux partenaires de la relation, plutôt qu’à l’État, l’obligation principale de verser des aliments au partenaire dans le besoin qui est incapable de parvenir à l’indépendance économique après le mariage, reconnaissant qu’il pourrait être injuste d’obliger un ex‑partenaire sans ressources à joindre les rangs des assistés sociaux. [Je souligne.]

1. Conjugués à ceux qu’elle a formulés dans *Miron*, ces commentaires font clairement ressortir que le fondement non compensatoire est tout aussi valable pour les conjoints de fait que pour les personnes mariées ou unies civilement, car ils peuvent se retrouver dans une situation de vulnérabilité sans avoir eu le choix de se marier ou non (*Miron*, par. 153) :

En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non. Cependant, en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre.  Il n’est pas toujours possible d’obtenir la sanction de l’union par l’État par un mariage civil.  La loi, l’hésitation à se marier de l’un des partenaires, les contraintes financières, religieuses ou sociales sont autant de facteurs qui empêchent habituellement des partenaires, qui par ailleurs fonctionnent comme une unité familiale, de se marier officiellement.  Bref, l’état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne.  [Je souligne.]

1. L’évolution des règles régissant la pension alimentaire au Québec confirme le caractère distinct de cette mesure. Dès la codification en 1866, le législateur québécois a prévu l’obligation de secours entre personnes mariées (art. 173 du *Code civil du Bas Canada*, obligation reprise à l’art. 392 du *Code civil du Québec*). Lors de la grande réforme du droit de la famille en 1980, le législateur a jugé pertinent de faire de l’obligation alimentaire résultant de la création d’une unité familiale une prescription autonome. Cette obligation est intégrée au *Code civil du Québec* (1980) à l’art. 633. À l’occasion de l’adoption du *Code civil du Québec* en 1991, elle est inscrite à l’art. 585, qui fait partie du Livre deuxième, traitant de la famille, sous le Titre troisième « De l’obligation alimentaire », un titre distinct de celui touchant les règles régissant le mariage, à savoir le Titre premier « Du mariage ». En 2002, l’obligation en question a été étendue aux conjoints unis civilement.
2. Il ressort de l’historique législatif fait par le juge LeBel que la réforme des règles régissant la vie commune a été fortement influencée par le courant autonomiste. Ce courant n’est cependant à l’origine ni de la reconnaissance de l’obligation alimentaire elle-même ni de la décision d’en faire une obligation autonome. L’article 585 reprend plutôt le fondement non compensatoire intimement lié à la création de l’« unité familiale » évoquée dans l’arrêt *Miron*. Cette interprétation est renforcée par la constatation que cette disposition inclut non seulement les époux et les conjoints unis civilement mais aussi les enfants et les parents. En somme, l’unité familiale bénéficie du droit aux aliments.
3. Le fondement des autres mesures contestées varie. Plusieurs peuvent facilement être rattachées au mouvement autonomiste, alors que d’autres découlent de la volonté de protéger le conjoint défavorisé et établissent des règles d’équité conjugale. La plus ancienne des mesures, le régime légal de la société d’acquêts (art. 432), a été adoptée en 1970. Comme le précise le juge LeBel, l’instauration de ce régime visait à contrer la tendance des époux à choisir le régime de la séparation de biens, lequel laissait souvent les épouses démunies lors de la rupture. Le régime de la société d’acquêts confère aux époux la maîtrise des biens qu’ils acquièrent pendant le mariage et permet, lors de la rupture et du partage, de reconnaître que le mariage fait naître une « union économique » donnant lieu à une présomption d’égalité de niveau de vie : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 870. Deux des autres mesures font partie de la grande réforme du droit de la famille de 1980, à savoir la prestation compensatoire (art. 427 à 430) et la résidence familiale (art. 401 à 413). Comme le libellé de l’art. 427 l’indique, la première a un fondement compensatoire et vise à faire reconnaître la contribution qu’un époux peut avoir apportée au patrimoine de son conjoint. Cette mesure vise à protéger le conjoint ayant été à la source de l’apport, permettant de reconnaître par le fait même l’autonomie économique des époux — l’un n’est pas au service bénévole de l’autre. Les dispositions relatives à la protection de la résidence familiale visent fondamentalement à protéger la cellule familiale. La dernière mesure, le patrimoine familial (art. 414 à 426), date de 1989. À l’instar du juge LeBel, je suis d’avis que les objectifs poursuivis par le législateur sont les suivants : « . . . remédier aux difficultés subies par les femmes mariées en séparation de biens, pallier l’inefficacité de la prestation compensatoire et redéfinir le mariage » (par. 74). Ces dispositions ont donc d’abord et avant tout pour but de protéger la contribution des conjoints et de consacrer l’union économique des parties pour ce qui est des biens familiaux.
4. La diversité des sources législatives de même que la variété des objectifs poursuivis et des moyens utilisés par le législateur québécois ne permettent ni de regrouper la majorité des mesures en cause sous un chapeau unique, à savoir la « protection des personnes vulnérables », ni de conclure que ces mesures devraient former un bloc rigide dit « primaire », notion que le législateur n’utilise d’ailleurs pas. De plus, les mesures de protection du patrimoine des époux ne s’attachent pas, au même titre que la pension alimentaire, aux besoins fondamentaux du conjoint vulnérable. Ces mesures de protection du patrimoine visent à assurer une autonomie et une équité chez les couples qui ont pu ou voulu accumuler des biens.
5. Un autre facteur, pragmatique celui-là, commande de distinguer les mesures qui ont trait à la propriété de celles qui concernent la pension alimentaire. Alors que le projet de vie commune prend forme progressivement et peut aller jusqu’à créer une relation d’interdépendance sur laquelle une des parties n’a que peu ou pas de prise, l’acquisition de biens comme la résidence familiale ou des régimes de rente ne peut résulter que d’un geste conscient. L’acquisition d’un droit de propriété résulte d’un processus différent de celui qui donne lieu à l’état de dépendance économique d’un conjoint. En somme, j’estime que la Cour d’appel a eu raison de distinguer le droit à la pension alimentaire des droits patrimoniaux.

II. Pension alimentaire

1. À l’instar de la juge Abella, j’estime qu’en l’absence de contestation réelle par les parties du caractère urgent et réel de l’objectif de promotion de l’autonomie des parties, la Cour ne devrait pas s’attarder sur cet élément de l’analyse de la justification. Comme elle, je reconnais aussi l’existence d’un lien rationnel, compte tenu du fait qu’un tel lien, même ténu, satisfait à l’exigence constitutionnelle. Puisque l’obligation alimentaire s’impose impérativement aux conjoints mariés ou unis civilement, le fait de ne pas assujettir à celle-ci les conjoints de fait permet à la partie ou aux parties qui ne veulent pas être liées par cette obligation d’y échapper. C’est la consécration d’un état qui, bien que peu souhaitable dans les cas où l’interdépendance est la cause de la vulnérabilité du conjoint dans le besoin, demeure tout de même une forme d’autonomie.
2. Je ne peux cependant me rallier à la thèse voulant que cette mesure satisfasse au critère de l’atteinte minimale. L’intérêt touché est vital pour les personnes ayant vécu une relation d’interdépendance. Je me permets d’adapter au contexte de la présente affaire les propos tenus par les juges Cory et Iacobucci, dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 72 :

. . . le droit protégé par [la pension alimentaire] est fondamental, savoir la capacité de satisfaire à des besoins financiers de base après la rupture d’une union caractérisée par l’intimité et la dépendance financière.  La loi passe complètement sous silence les membres des couples [non mariés], malgré l’importance indéniable que revêtent pour ces derniers les avantages qu’elle confère.

1. Le fondement non compensatoire de la pension alimentaire a tout autant sa raison d’être pour les personnes mariées ou unies civilement que pour les conjoints de fait. Si la justification juridique de la pension alimentaire repose, entre autres, sur la satisfaction des besoins découlant de la rupture d’une relation d’interdépendance créée pendant la vie commune, il est difficile d’imaginer pourquoi les conjoints de fait qui pourraient ne pas avoir été libres de choisir d’officialiser par un mariage ou une union civile leur relation avec leur conjoint, mais qui vivent par ailleurs avec celui-ci comme une « unité familiale », ne pourraient pas avoir droit à une pension alimentaire. Pour une telle personne, la faculté qu’ont les parties, selon le procureur général, de choisir de se marier ou de s’unir civilement, n’en est pas vraiment une. Comme le reconnaît la majorité de la Cour dans l’arrêt *Miron*, il est possible qu’un couple ne soit pas marié en dépit du désir profond de l’un des membres du couple, la partie vulnérable. Comme l’a dit la juge McLachlin, la liberté de choix est, ou peut être, théorique.
2. La décision de l’État québécois de prendre en charge les personnes démunies en leur fournissant des prestations d’aide sociale ne constitue pas une mesure propre à compenser l’exclusion des conjoints de fait de la protection de la pension alimentaire. Cette assistance minimaliste n’est pas une réponse adéquate. L’aide sociale se veut une mesure de dernier recours et ne constitue pas un substitut raisonnable au soutien alimentaire que peut payer le conjoint qui en a les moyens.
3. Dans l’arrêt *Walsh*, comme la Cour n’était pas saisie de la question de l’exclusion du bénéfice de la protection alimentaire, elle ne s’est interrogée ni sur les fondements de l’obligation alimentaire ni sur le fait qu’une relation d’interdépendance peut se créer et s’imposer à une des parties sans que cette situation ne résulte de son choix personnel. Cette décision n’est donc d’aucun secours sur cet aspect de la présente affaire.
4. La notion d’« obligation mutuelle » comme fondement non compensatoire de l’obligation alimentaire doit inspirer les législateurs dans la recherche de moyens susceptibles de favoriser l’autonomie des parties tout en portant atteinte aussi peu que raisonnablement possible au droit aux aliments lui-même. L’exclusion totale du droit aux aliments ne profite qu’au conjoint de fait qui veut échapper à l’obligation alimentaire, et elle porte atteinte de façon disproportionnée aux intérêts des ex-conjoints de fait dépendants et vulnérables. Le législateur aurait pu, par exemple, imposer aux parties l’obligation de régler leur séparation de façon équitable et imposer à la personne insatisfaite le fardeau de prouver l’iniquité des conditions de séparation. Une telle exigence respecterait l’autonomie des parties tout en prévenant les abus. Il ne s’agit là que d’une solution parmi d’autres, que je présente uniquement pour illustrer que le législateur dispose de moyens moins attentatoires. La constatation qu’il y a exclusion totale du bénéfice de la pension alimentaire, sans aucune mitigation des effets de cette situation, me suffit pour conclure, comme la Cour d’appel, que cette mesure n’est pas justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*.

III. Mesures touchant les droits de propriété

1. Comme pour l’analyse touchant à la pension alimentaire, je dois à mon avis accepter que l’objectif de recherche d’autonomie des parties est urgent et réel et que le lien rationnel a été établi.
2. En ce qui a trait à la prestation compensatoire, je reconnais que l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice de cette mesure constitue une atteinte minimale. D’une part, il s’agit en effet d’un droit de nature patrimoniale. Je tiens compte de ma conclusion que le conjoint qui en a les moyens doit payer une pension alimentaire à celui qui en a besoin. La négation de cette mesure de protection ne compromet donc pas la capacité fondamentale de l’ex-conjoint de survivre à la rupture de la relation d’interdépendance le plus dignement possible. D’autre part, bien que cette mesure n’ait pas été éliminée par le législateur, les débats législatifs qui ont précédé l’adoption des dispositions sur le patrimoine familial révèlent l’insatisfaction du législateur à l’endroit de la jurisprudence ne reconnaissant pas suffisamment l’apport respectif des conjoints. Ces débats devraient offrir aux tribunaux une base solide leur permettant d’interpréter les dispositions du *Code civil* concernant l’enrichissement injustifié d’une manière conforme au concept d’égalité consacré par la *Charte*. Certes, l’exclusion totale n’était pas la seule solution à la disposition du législateur, mais les moyens dont peut toujours se prévaloir la partie vulnérable sont suffisants pour satisfaire au critère de l’atteinte minimale et à celui de la balance des inconvénients.
3. Pour ce qui est de la société d’acquêts — le régime matrimonial légal —, j’estime que cette mesure est elle aussi justifiée. D’abord, ici encore, il s’agit d’un droit de nature patrimoniale. À l’inverse de la pension alimentaire, cette mesure n’influe pas sur la capacité de la personne vulnérable de subvenir à ses besoins de base. Ensuite, le régime légal est un régime auquel les parties adhèrent en faisant un geste positif. Il ne constitue pas un état qui résulte du seul écoulement du temps, comme l’état de dépendance qui peut s’installer graduellement entre les parties. Quoiqu’il ne s’agisse pas d’un contrat, la formalisation de l’union par la cérémonie du mariage ou de l’union civile constitue toutefois un consentement donné à un moment précis, lequel précède habituellement la relation d’interdépendance. Dans la recherche des moyens propres à favoriser l’autonomie des parties, le législateur pouvait difficilement éviter de prévoir, parallèlement aux régimes conventionnels et au régime légal, une option « sans régime ». De plus, tout comme les époux ou les conjoints unis civilement qui optent pour le régime légal, les conjoints de fait conservent pendant la vie commune toute leur autonomie ainsi que la pleine propriété des biens dont ils se portent acquéreurs. Évidemment, il arrivera que certains conjoints de fait ne se soucieront pas de maintenir une répartition équitable des biens acquis pendant leur vie commune. Toutefois, si un conjoint s’est enrichi injustement aux dépens de l’autre, le recours en enrichissement injustifié — interprété comme je l’ai décrit ci-dessus de façon généreuse et conforme à la *Charte* — pourra corriger cette situation.
4. Les motifs m’amenant à conclure que l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice de la protection du patrimoine familial est justifiée se rapprochent de ceux que j’ai exposés précédemment. D’abord, l’intérêt visé a, lui aussi, un caractère patrimonial. Ensuite, les biens composant le patrimoine familial en font partie parce que les parties ont pris la décision délibérée de les acquérir. Ni une résidence, ni des meubles ne s’introduisent au fil du temps dans le patrimoine d’une partie sans un geste concret à cet effet. À la différence de l’interdépendance qui s’insinue parfois dans la vie conjugale sans que les parties ne puissent vraiment influer sur cette situation, l’acquisition de biens patrimoniaux procède de décisions pour lesquelles l’État est justifié de respecter l’autonomie des parties. L’instauration des règles régissant le patrimoine familial ne s’est pas faite sans créer de remous au sein de la société québécoise. Lors de l’adoption du régime, des mesures transitoires permettaient aux conjoints mariés de s’exclure de sa protection, afin qu’ils ne puissent se plaindre d’avoir d’une certaine manière fait l’objet d’une « expropriation ». Pour le futur, la façon de s’exclure du champ d’application de ce régime consistait à ne pas se marier.
5. Je reconnais que l’attribution d’une pension alimentaire et la répartition d’éléments d’actif sont toutes deux des mesures permettant d’atténuer les difficultés créées par la rupture d’une relation d’interdépendance économique. Cependant, la répartition des biens patrimoniaux sur la base d’une union économique dans laquelle chaque partie a droit à une part égale repose d’abord et avant tout sur un objectif louable poursuivi par le législateur. L’État avait le pouvoir d’imposer des mesures de protection patrimoniale à un groupe donné, et il n’était pas obligé de les imposer à tous. Ceux qui sont exclus de l’application de ces mesures ne sont pas pour autant démunis de tout moyen de former une union économique analogue à celle imposée aux personnes mariées ou unies civilement, par exemple ils peuvent acheter leur résidence en commun. Les conjoints qui ne formalisent pas leur relation en choisissant un mode d’union protégé disposent tout de même de moyens de protection. Comme je l’ai précisé, le conjoint vulnérable peut se voir attribuer une pension alimentaire s’il est dans le besoin. Ainsi, dans l’évaluation des moyens du débiteur alimentaire, le tribunal doit tenir compte de l’ensemble des ressources de ce dernier, y compris des biens patrimoniaux. La solution que retient le tribunal pour s’assurer que les besoins du conjoint nécessiteux sont satisfaits ne passe pas nécessairement par l’attribution de la propriété de biens patrimoniaux.
6. Compte tenu de l’objectif consistant à favoriser l’autonomie des parties, des gestes positifs que les parties doivent poser pour acquérir des biens familiaux et de la flexibilité dont disposent les tribunaux dans l’évaluation des ressources disponibles pour le paiement de la pension alimentaire, j’estime que l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice de la protection du patrimoine familial satisfait à l’exigence d’atteinte minimale.
7. Les désavantages de cette mesure n’excèdent pas ses avantages, car si les parties ne bénéficient pas d’un droit automatique, d’autres moyens leur sont néanmoins ouverts pour obtenir une protection suffisante.
8. Reste la question de la résidence familiale. Quoique, à l’origine, cette protection ait été adoptée en tant que mesure distincte de la protection du patrimoine familial, plusieurs aspects de ces mesures se confondent maintenant. Je n’entends donc pas procéder à une analyse distincte. Je signalerai cependant que les tribunaux ont utilisé une approche flexible, usant de leurs pouvoirs accessoires concernant la résidence familiale. C’est d’ailleurs une ordonnance de ce genre qui a été prononcée dans la présente instance.
9. En résumé, je conclus que l’exclusion des conjoints de fait du bénéfice de la pension alimentaire n’est pas justifiée mais que celle visant les mesures patrimoniales l’est.
10. Pour ces motifs, je rejetterais les appels et je confirmerais la décision de la Cour d’appel de suspendre la déclaration d’invalidité constitutionnelle de l’art. 585 *C.c.Q*. pour une période de 12 mois, le tout sans frais.

 Version française des motifs rendus par

1. La Juge en chef — Au Canada, les législatures provinciales sont notamment responsables de légiférer quant au règlement des litiges qui peuvent survenir relativement aux droits alimentaires et patrimoniaux des personnes qui entretiennent une relation conjugale. Autrefois, le problème pouvait être facilement résolu : la plupart des couples étaient mariés et il suffisait — ou on jugeait qu’il suffisait — d’adopter des lois régissant la séparation des couples mariés.
2. Les choses ne sont plus aussi simples. Dans toutes les régions du pays, les couples choisissent de plus en plus de faire vie commune sans être mariés. Les stigmates jadis rattachés à ce type de relations se sont estompés. Le droit a reconnu que tant les couples mariés que les couples non mariés ont droit à un traitement égal, par exemple quant aux bénéfices qu’ils peuvent tirer d’un régime d’assurance, et que le fait de traiter les couples mariés différemment de ceux qui ne le sont pas peut être discriminatoire et enfreindre le droit à l’égalité garanti par l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : *Miron c. Trudel*, [1985] 2 R.C.S. 418.
3. Les législatures provinciales ont relevé ce défi de diverses manières. Dans de nombreuses régions du pays, le législateur a choisi d’assujettir les conjoints de fait — à moins qu’ils ne s’y soustraient formellement — à une version atténuée du régime qui s’applique obligatoirement aux couples mariés. Par exemple, certaines provinces appliquent aux conjoints de fait les obligations alimentaires du régime applicable aux époux. Le Québec a choisi une approche différente. Ses dispositions législatives prévoient deux régimes législatifs totalement différents et distincts — un pour les couples mariés ou unis civilement, l’autre pour les couples vivant en union de fait. Ceux qui choisissent de se marier ou de contracter une union civile sont assujettis à un régime obligatoire qui encadre les droits et obligations patrimoniaux et alimentaires des conjoints (le « régime obligatoire »). Advenant une rupture, les biens du couple sont partagés entre les conjoints et l’un d’entre eux peut être tenu de verser une pension alimentaire à l’autre. Les couples qui choisissent de ne pas se marier et de ne pas s’unir civilement — une catégorie de couples nettement plus importante au Québec que dans les autres provinces — ne sont pas assujettis au régime obligatoire que je viens d’évoquer. Ils sont libres de concevoir les arrangements qui leur conviennent. Ainsi, advenant une séparation, chaque conjoint conserve les biens qui lui appartiennent sans risquer d’être tenu de les partager avec l’autre, à moins que les partenaires n’en aient décidé autrement. De même, sous réserve de l’obligation alimentaire qui leur incombe à l’égard des enfants, ils ne peuvent non plus être tenus de se verser des aliments l’un à l’autre.
4. C’est le désir d’accroître le droit des couples québécois de choisir le régime qu’ils préfèrent, soit celui qui convient le mieux à leurs besoins, qui sous‑tend la politique du Québec. Cette politique vise à accroître leur libre choix ainsi que leur autonomie. Plutôt que de fixer une seule norme fondée sur le régime obligatoire, la loi donne un choix clair entre deux régimes distincts : le régime obligatoire, qui prévoit le partage des biens et le soutien alimentaire entre conjoints lors de la dissolution du mariage ou de l’union civile, et un régime de pleine autonomie, qui laisse les conjoints de fait totalement libres de convenir des conséquences d’une rupture. Selon la preuve, ce modèle à deux régimes distincts est manifestement très populaire au Québec; de nombreux couples choisissent délibérément de ne pas se marier et de ne pas s’unir civilement pour éviter d’être assujettis au régime obligatoire. Advenant leur séparation, les conjoints qui ne sont ni mariés ni unis civilement n’auront pas à partager leurs biens ou à payer une pension alimentaire pour conjoint. Aucune entente n’est nécessaire pour que ces conjoints ne soient soumis à aucune obligation, ce qui diffère des régimes en vigueur dans les autres provinces. Comme l’explique mon collègue le juge LeBel, l’approche du Québec est ancrée dans son histoire et dans son contexte social uniques.
5. En l’espèce, nous sommes appelés à déterminer si le Québec peut maintenir les deux régimes distincts créés par le législateur. A fait valoir que ce modèle est inconstitutionnel parce qu’il discrimine sans justification les conjoints de fait en leur niant l’accès aux mesures plus protectrices du régime obligatoire qui s’applique aux couples mariés ou unis civilement. En conséquence, elle soutient que le régime législatif du Québec doit être invalidé et remplacé par un régime qui traite les couples mariés ou unis civilement et ceux qui ne le sont pas de la même façon en ce qui a trait aux droits alimentaires et patrimoniaux advenant une séparation.
6. Je suis d’accord avec le juge LeBel pour conclure que le modèle québécois est constitutionnel. Contrairement à lui, je conclus toutefois — comme le font mes collègues les juges Deschamps et Abella — que les dispositions législatives en cause violent le droit à l’égalité garanti par l’art. 15 de la *Charte.* Cependant, j’estime que cette atteinte au droit à l’égalité que la loi impose aux conjoints de fait constitue une limite raisonnable qui se justifie dans une société libre et démocratique. Le Québec vise à accroître le libre choix des personnes en couple ainsi que leur autonomie. C’est un objectif important pour la province. Traiter les conjoints de fait différemment des couples mariés ou unis civilement favorise cet objectif et le fait de manière proportionnée. Le fait que le Québec ait choisi une politique différente de celles adoptées par les autres provinces, et ce, en conformité avec son histoire et ses valeurs sociales propres, n’invalide pas pour autant son régime législatif.

I.Article 15 : le régime législatif du Québec est‑il discriminatoire à l’endroit des conjoints de fait?

A. *L’analyse relative à l’art. 15*

1. Je suis d’accord avec l’analyse de la juge Abella relative à l’art. 15 de la *Charte*. Cette analyse découle de l’approche peaufinée par la Cour dans *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, et dans *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396. Je ne suis toutefois pas d’accord quant à la question de savoir si le régime législatif est justifié au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article premier.
2. L’article 15 de la *Charte* protège contre la discrimination fondée sur des caractéristiques personnelles, à savoir les motifs énumérés ou analogues. Le statut matrimonial est un de ces motifs. Pour qu’il soit discriminatoire, le régime législatif contesté doit avoir pour objet ou pour effet « de perpétuer ou de promouvoir l’opinion que l’individu touché est moins capable ou est moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération » : *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88(3)(C); voir aussi *Andrews* *c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171.
3. Plus récemment, la Cour a formulé le cadre d’analyse applicable à une demande fondée sur l’art. 15 en la décrivant comme une approche en deux étapes : (1) La loi crée‑t‑elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée‑t‑elle un désavantage par la perpétuation de préjugés ou l’application de stéréotypes erronés? : *Kapp*, par. 17; *Withler*, par. 30. Bien que la promotion ou la perpétuation de préjugés, d’une part, et l’application de stéréotypes erronés, d’autre part, soient des guides utiles pour déterminer ce qui constitue de la discrimination, il faut procéder à une analyse contextuelle qui tienne compte par exemple d’un désavantage préexistant pour le groupe demandeur, du degré de correspondance entre la distinction qui est faite et la situation réelle de ce groupe, de l’incidence ou de l’objet améliorateur des dispositions législatives en cause et de la nature des droits touchés : *Withler*, par. 38; *Kapp*, par. 19.
4. Il vaut la peine de mentionner quelques autres points relatifs à des divergences entre mes motifs et ceux du juge LeBel. Premièrement, la question de savoir si la loi est discriminatoire doit être examinée du point de vue de « la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d’attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur » : *Law*, par. 60.
5. Deuxièmement, une distinction dans la loi peut être discriminatoire *soit* par son objet, *soit* par son effet. D’un point de vue pratique, il est rare que le législateur ait l’intention d’adopter une loi discriminatoire; lorsqu’il y a discrimination, c’est habituellement le fruit d’un effet inattendu.
6. Finalement, et cela est lié à ce qui précède, il importe de garder distinctes les analyses que commandent respectivement l’art. 15 et l’article premier. Tandis que les politiques publiques qui sous‑tendent une loi ont peu de pertinence au stade de l’analyse fondée sur l’art. 15, elles ont une importance capitale pour l’analyse fondée sur l’article premier : voir *Andrews*, p. 177‑178. Cette approche découle du modèle d’examen de la constitutionnalité d’une loi en deux étapes, qui est intrinsèque à la *Charte*. Comme l’a affirmé Aharon Barak, ancien président de la Cour suprême d’Israël :

 [traduction] . . . qu’en est‑il des systèmes juridiques dotés d’un modèle [de contrôle de la constitutionnalité] en deux étapes, à l’instar de ceux qui existent en Allemagne, au Canada, en Afrique du Sud et en Israël? [. . .] Les considérations d’intérêt public devraient‑elles être prises en compte à la première étape ou à la deuxième ou aux deux? Devraient‑elles avoir une incidence sur la détermination de la portée du droit ou leur examen devrait‑il être plutôt reporté à l’étape [. . .] de l’analyse de la proportionnalité?

. . .

 C’est à la deuxième étape du contrôle de la constitutionnalité qu’il convient de tenir compte des considérations d’intérêt public, soit lors de l’analyse de la justification de l’atteinte au droit protégé par la Constitution.

(*Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations* (2012), p. 75‑76)

B. *L’application du cadre d’analyse relatif à l’art. 15 à l’allégation de discrimination de A*

1. La première question à trancher est celle de savoir si la décision de la Cour dans *Nouvelle‑Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325, résout le présent pourvoi. À l’instar de ma collègue la juge Abella, je suis d’avis que cet arrêt ne lie pas la Cour dans la présente affaire. Des questions différentes devaient y être tranchées (soit des questions relatives uniquement au partage des biens) et l’appréciation de l’art. 15 a évolué depuis cet arrêt. Plus fondamentalement toutefois, je souscris à l’opinion de la juge Abella selon laquelle le libre choix et l’autonomie individuelle qui, dans *Walsh*, avaient permis de conclure à l’absence de violation de l’art. 15, sont des facteurs qu’il est préférable de prendre en compte à l’étape de l’analyse qui porte sur l’article premier. Le libre choix et l’autonomie sont des considérations d’intérêt public; le Québec se fonde sur elles pour justifier le fait manifeste que sa loi peut désavantager certains conjoints de fait en leur niant tout droit à un partage des biens et à une pension alimentaire dans des circonstances où ils n’ont peut‑être pas réellement choisi de renoncer aux mesures protectrices du régime obligatoire, mais plutôt n’y ont pas eu accès en raison du refus de leur partenaire de se marier. Comme je l’ai évoqué précédemment, dans le contexte d’une demande fondée sur l’art. 15 de la *Charte*, les considérations d’intérêt public sont prises en compte à la deuxième étape de l’analyse constitutionnelle.
2. À mon avis, le recours par le législateur québécois à deux régimes distincts crée une distinction discriminatoire qui porte atteinte au droit à l’égalité des conjoints de fait garanti par l’art. 15. Tous les éléments nécessaires pour conclure à une violation de l’art. 15 sont présents. La loi nie aux conjoints de fait les mesures de protection dont jouissent les conjoints mariés ou unis civilement. Les distinctions sont fondées sur un motif analogue, soit l’état matrimonial : *Miron*. Elles créent un désavantage : les conjoints de fait ne bénéficient pas automatiquement d’une série de dispositions qui assurent le partage équitable des biens du couple et le soutien financier continu au terme d’une relation caractérisée par une interdépendance économique (*Code civil du Québec*,L.Q. 1991, ch. 64, art. 401 et suiv., 414 et suiv., 427 et suiv., 432 et 585). Finalement, le désavantage est discriminatoire du point de vue d’une personne raisonnable placée dans une situation similaire à celle de A. En effet, à l’occasion d’une rupture, la loi se préoccupe moins des personnes qui se trouvent dans une situation semblable à celle de A que des conjoints mariés ou unis civilement. Tel qu’elle s’applique à ceux qui se retrouvent dans la situation de A, la loi perpétue les effets d’un désavantage historique ancré dans les préjugés *et* se fonde sur des stéréotypes erronés quant à la capacité de la demanderesse d’exercer un choix plutôt que sur sa situation réelle.
3. L’examen de l’historique législatif pertinent auquel a procédé le juge LeBel démontre que l’objectif et l’intention qui ont présidé à l’adoption des dispositions contestées ne sont pas discriminatoires. Le législateur québécois ne considérait pas les conjoints de fait comme des conjoints inférieurs ou de seconde classe.
4. Cette constatation ne met toutefois pas fin à l’examen auquel nous devons procéder. En effet, il est nécessaire de poursuivre l’analyse en nous demandant si les distinctions désavantageuses créées par la loi au détriment des conjoints de fait sont discriminatoires par leurs effets, selon le cadre d’analyse de l’art. 15 énoncé précédemment.
5. Le modèle québécois a pour effet de priver les ex‑conjoints de fait des importantes mesures de protection qu’il consent aux ex‑conjoints mariés ou unis civilement, et ce même si, dans les faits, ils pourraient ne pas avoir réellement exercé un choix de régime. Il est raisonnable d’en déduire, sous réserve d’une analyse complète des facteurs contextuels pertinents, que la loi qui les prive de ces mesures de protection les traite comme s’ils étaient moins dignes d’intérêt, de respect ou de considération.
6. Une personne raisonnable placée dans la situation de A pourrait en conclure que la loi perpétue un désavantage préexistant. Les conjoints de fait au Québec souffrent en effet de désavantages préexistants considérables. Jusqu’à l’adoption de la réforme du droit de la famille en 1980, la loi décourageait activement les unions de fait et les marginalisait. Elle le faisait en interdisant aux conjoints de fait de convenir contractuellement des obligations découlant de leur relation et en privant de légitimité les enfants nés de telles unions. Même si l’opprobre de la loi qui sous‑tendait ces mesures a disparu, la loi actuelle continue d’exclure les conjoints de fait des régimes protecteurs offerts par le droit de la famille québécois.
7. De même, une personne raisonnable placée dans la situation de A pourrait conclure qu’en lui niant le droit au soutien alimentaire ainsi qu’au partage des biens, la loi se fonde sur des stéréotypes erronés. La loi tient pour acquis que les conjoints de fait choisissent de renoncer aux mesures protectrices qu’elle offre aux conjoints mariés ou unis civilement. Or, dans les faits, les personnes placées dans la situation de A n’ont pas renoncé à ces mesures qui découlent du régime obligatoire. Le choix qu’A avait à faire était d’une tout autre nature : elle pouvait soit rester en union de fait avec B, soit quitter ce dernier après s’être habituée au train de vie qu’elle partageait avec lui. Plus largement, la loi se fonde sur la prémisse que les conjoints de fait subviennent à leurs propres besoins en convenant de leurs propres ententes et arrangements patrimoniaux et alimentaires. Je le répète, pour les demandeurs placés dans la situation de A, cette hypothèse ne concorde pas avec leur situation réelle.
8. Qu’en est‑il alors du contexte? Selon le Québec, l’absence de mesures protectrices pour les conjoints de fait devrait être examinée en fonction du contexte actuel : il n’existe pas de préjugés à l’encontre des conjoints de fait et l’objectif du législateur est l’accroissement du libre choix des personnes en couple ainsi que de leur autonomie. Prise dans ce contexte, la privation qui vise les conjoints de fait ne favorise donc pas l’opinion selon laquelle ils sont moins dignes d’intérêt et de protection que les conjoints mariés ou unis civilement et n’est donc pas discriminatoire.
9. La première faille dans ce raisonnement réside dans le fait qu’il ne tient pas compte de la distinction du point de vue d’une personne raisonnable *placée dans la situation de la demanderesse*, comme l’exige la jurisprudence sur le droit à l’égalité. Il se peut que la loi ne cause aucun préjudice à certains conjoints de fait qui choisissent de ne pas se marier ou s’unir civilement et qui concluent d’autres ententes ou arrangements qui leur conviennent. Cependant, du point de vue d’une personne placée dans la situation de la demanderesse qui, dans les faits, n’a pas pu exercer le droit de choisir, il est raisonnable de croire que la loi la traite comme une personne moins digne d’intérêt et de considération que les conjoints mariés ou unis civilement.
10. Le point de vue défendu par le Québec contient une deuxième faille liée à la première : il déplace les considérations d’intérêt public — soit l’objectif de maximiser le libre choix des personnes qui entretiennent une relation conjugale ainsi que leur autonomie — à l’étape de l’analyse portant sur l’art. 15. Comme je l’ai mentionné précédemment, de tels intérêts ne doivent pas être examinés à la première étape de l’analyse, soit celle où l’on doit déterminer s’il a été porté atteinte à un droit, mais plutôt à la deuxième étape, soit celle qui consiste à décider si l’atteinte est justifiée.

II. La violation de l’art. 15 est‑elle justifiée au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article premier de la *Charte*?

1. L’analyse d’une demande fondée sur une atteinte au droit à l’égalité protégé par la *Charte* consiste en un processus en deux étapes. Dans le cadre de la première, le tribunal doit se demander si le texte législatif porte atteinte au droit en cause. Dans le cadre de la seconde, il doit déterminer si l’atteinte est raisonnable et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique (article premier).
2. Pour les motifs que je viens d’exposer, je conclus que le modèle québécois à deux régimes distincts, qui nie aux conjoints de fait les mesures de protection du régime obligatoire accordées aux conjoints mariés ou unis civilement, traite les conjoints de fait différemment et établit à leur égard une discrimination contraire à l’art. 15 de la *Charte.* Il reste donc à décider si cette atteinte au droit à l’égalité garanti aux conjoints de fait est justifiée au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article premier de la *Charte*.
3. C’est à l’État qu’il incombe de faire la preuve de la justification suivant la prépondérance des probabilités. Il doit démontrer (1) que l’objectif poursuivi est suffisamment important pour justifier une atteinte à un des droits garantis par la *Charte*, (2) qu’il existe un lien rationnel entre cet objectif et les moyens choisis par l’État, (3) que les moyens choisis portent minimalement atteinte au droit en cause et (4) que les effets de la mesure sur les droits protégés par la *Charte* sont proportionnés à l’objectif poursuivi par l’État : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

A. *Un objectif important*

1. La distinction entre les couples mariés ou unis civilement et les conjoints de fait créée par le modèle québécois à deux régimes distincts vise la promotion du libre choix et de l’autonomie de tous les conjoints au Québec en ce qui a trait au partage des biens et au soutien alimentaire. Ceux qui choisissent de se marier ou de s’unir civilement choisissent les mesures protectrices — mais aussi les obligations — qui découlent de leur statut. Ceux qui font plutôt le choix de l’union de fait se soustraient aux mesures de protection ainsi qu’aux obligations prescrites par l’État et sont libres de structurer leur relation de couple sans être confinés aux règles du régime obligatoire applicable aux conjoints mariés ou unis civilement.
2. Le législateur a poursuivi cet objectif en réponse aux changements rapides survenus dans les attitudes au Québec à l’égard du mariage, soit en réponse au rejet du modèle d’inégalité des sexes associée à l’institution du mariage, à la perte d’influence de l’Église et à l’affirmation de valeurs associées à l’individualisme : B. Moore, « Culture et droit de la famille : de l’institution à l’autonomie individuelle » (2009), 54 *R.D. McGill* 257, p. 268. Le législateur a voulu respecter le rejet exprimé par la société à l’égard du contrôle traditionnellement exercé par l’État et l’Église sur les relations intimes. Lors de l’adoption des dispositions sur le patrimoine familial au Québec, le ministre responsable a affirmé que l’uniformisation des dispositions législatives applicables au mariage et à l’union de fait « ne serait pas sans conséquence, car quel serait alors le sens du mariage ou la valeur civile du mariage religieux et quelle serait la forme d’union développée par ceux qui ne veulent pas être réglementés? » : Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 30, no 125, 2e sess., 33e lég., 8 juin 1989, p. 6487 (je souligne).
3. L’objectif de la loi est suffisamment important pour justifier une atteinte au droit à l’égalité.

B. *Lien rationnel*

1. La distinction que la loi établit entre les conjoints mariés ou unis civilement et les conjoints de fait a un lien rationnel avec l’objectif de l’État qui consiste à préserver le libre choix et l’autonomie des conjoints au Québec. Sans cette distinction, le choix clair entre le régime qui prévoit le partage du patrimoine et le soutien alimentaire, d’une part, et celui de l’autonomie complète, d’autre part, n’existerait pas. L’approche du Québec n’impose des obligations prescrites par l’État qu’aux conjoints qui ont fait activement le choix délibéré d’accepter de s’y conformer. L’exigence d’un choix qui soit exercé activement de se conformer à ces obligations est par ailleurs conforme à l’objectif d’accroître l’autonomie des couples.

C. *Atteinte minimale*

1. Selon le test formulé dans l’arrêt *Oakes*, les dispositions contestées doivent porter atteinte au droit « aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire » : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772. La Cour a accordé à l’État une certaine latitude dans le choix du moyen pour réaliser son objectif : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 999; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 35 et 53; *Edwards Books* *and Art.* La question qu’il faut trancher est celle de savoir si les dispositions contestées font partie d’une gamme de mesures raisonnables (*Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 61; *RJR‑MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*,[1995] 3 R.C.S. 199, par. 160; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 285‑286; *Hutterian Brethren*, par. 37), particulièrement lorsque les mesures en question « tentent d’établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées » : *McKinney*, p. 285; *Hutterian Brethren*, par. 53.
2. En outre, le critère relatif à l’atteinte minimale doit respecter les valeurs du fédéralisme. [traduction] « L’uniformité des lois provinciales qui découlerait de l’obligation stricte d’opter pour les moyens les moins attentatoires irait à l’encontre des valeurs du fédéralisme que sont le caractère distinct, la diversité et l’expérimentation » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 38‑39; voir également *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, par. 275. L’application de ce volet du test ne consiste pas à désigner la province ayant adopté la démarche « préférable » à l’égard d’une question sociale pour ensuite exiger des autres provinces qu’elles lui emboîtent le pas.
3. A fait valoir que le modèle québécois à deux régimes distincts ne porte pas une atteinte minimale au droit à l’égalité des conjoints de fait. Selon elle, il est possible de respecter leur choix et leur autonomie sans pour autant les soustraire totalement au régime obligatoire applicable aux couples mariés ou unis civilement. Elle fait référence à d’autres provinces où des aspects du régime obligatoire s’appliquent aux conjoints de fait, à moins que ceux‑ci ne s’y soient soustraient expressément. Selon ces régimes, les conjoints de fait ne sont privés de protection advenant une rupture que s’ils ont convenu qu’il en serait ainsi. Contrairement à A, ils ne sont pas laissés dans les faits sans protection parce que leur partenaire n’a pas voulu se marier. A prétend également qu’un modèle qui habiliterait le tribunal à intervenir dans les cas où il serait équitable de partager les biens et de fixer une pension alimentaire attenterait moins à son droit à l’égalité que la situation actuelle.
4. Il ne fait aucun doute qu’il serait possible de concevoir des modèles qui portent moins atteinte au droit à l’égalité des conjoints de fait que ne le fait le modèle québécois — c’est d’ailleurs ce qu’ont fait d’autres provinces. Toutefois, et c’est là un élément important, de telles solutions serviraient moins efficacement les objectifs que vise le régime québécois, soit de favoriser au plus haut point le libre choix et l’autonomie des couples de la province. La question qu’il faut se poser au volet de la réflexion relative à l’atteinte minimale est celle de savoir si l’atteinte qui découle de la loi va trop loin *par rapport à l’objectif du législateur* : « Les moyens moins attentatoires qui ne lui permettraient pas de réaliser son objectif ne sont pas examinés à ce stade » (*Hutterian Brethren*, par. 54).
5. Un régime protecteur qui s’appliquerait par défaut, à moins d’une volonté expresse contraire, aurait pour effet d’englober tous les couples. Même si les conjoints de fait pouvaient choisir de s’y soustraire, ce modèle donnerait aux couples un choix plus restreint que ne le fait le modèle québécois actuel. En effet, les conjoints de fait qui voudraient se prévaloir du droit de se soustraire au régime seraient tenus de s’entendre à ce sujet et de poser des gestes concrets pour arriver à leurs fins. Au contraire, le modèle québécois actuel permet aux couples de ne pas être assujettis aux obligations prescrites par l’État tout simplement en ne se mariant pas. La zone exempte de l’intervention de l’État créée par le modèle québécois est donc plus étendue qu’elle ne le serait dans le contexte d’un régime d’application par défaut.
6. Le régime québécois a l’avantage de donner aux conjoints l’occasion de faire un calcul coût‑bénéfice du statut de conjoints de fait qui ne leur confère aucun droit, mais *qui, en contrepartie, ne leur impose aucune obligation* : R. Leckey, « Chosen Discrimination » (2002), 18 *S.C.L.R.* (2d) 445, p. 458. Le législateur a choisi de ne pas adopter de dispositions protectrices obligatoires que d’importants segments de la population pourraient juger paternalistes et a plutôt permis aux conjoints de soupeser les conséquences de leurs choix et de prendre des décisions en conséquence.
7. Qu’en est‑il alors de l’absence de recours judiciaire? Le Québec est la seule province où aucune intervention judiciaire n’est prévue pour garantir que les conjoints de fait ont exercé un choix éclairé en renonçant à la protection légale de leurs droits advenant une rupture. Permettre aux juges d’intervenir ou de rendre des ordonnances quant aux patrimoines des conjoints de fait ou quant à une quelconque obligation alimentaire restreindrait forcément moins leur droit à l’égalité que ne le fait le régime québécois. Cela dit, il faudrait alors encore renoncer à une part de libre choix et d’autonomie. Le régime québécois laisse aux partenaires le soin de choisir de s’astreindre ou non au régime obligatoire et leur accorde le pouvoir discrétionnaire de gérer leur indépendance s’ils choisissent de ne pas le faire. Si les juges étaient autorisés à rendre des ordonnances à leur égard, cela limiterait ce libre choix et des individus qui avaient cru pouvoir gérer leurs affaires à l’écart de l’intervention de l’État se retrouveraient liés par des obligations qui leur seraient imposées par la cour.
8. Finalement, d’aucuns soutiennent que la loi ne satisfait pas à l’exigence de l’atteinte minimale parce qu’elle a une incidence tant sur les droits alimentaires que sur les droits patrimoniaux. Pour les motifs que je viens d’exposer, autoriser les juges à octroyer des aliments minerait l’objectif de la loi, soit de maximiser le libre choix et l’autonomie. Ce serait alors un juge, et non les conjoints, qui déciderait. À cette étape de l’analyse, la question à trancher est celle de savoir si l’objectif du régime législatif pourrait être atteint en restreignant moins le droit en cause, non pas de savoir si l’objectif en cause devrait être modifié. En outre, les mesures protectrices que constituent l’octroi d’aliments et le partage des biens sont interreliées et ne peuvent être facilement traitées distinctement.
9. Pour ces motifs, je conclus que le régime législatif québécois se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables pour maximiser le libre choix et l’autonomie quant aux partages des biens familiaux et au soutien alimentaire.

D. *Proportionnalité*

1. Finalement, l’atteinte à un droit garanti doit être proportionnelle aux avantages que procure la recherche des objectifs de l’État, compte tenu de l’incidence du texte législatif sur l’exercice du droit en cause et des avantages d’intérêt public plus larges qu’il vise à atteindre.
2. L’incidence du régime québécois sur l’exercice et la jouissance du droit à l’égalité est considérable. Cependant, les effets discriminatoires de l’exclusion des conjoints de fait du régime obligatoire sont atténués à l’ère moderne par rapport à ce qu’ils étaient à divers moments antérieurs de l’histoire du Québec. Les dispositions contestées ne semblent pas perpétuer d’animosité à l’endroit des conjoints de fait. Toutes les parties au présent litige ont convenu que l’union de fait est populaire au Québec et qu’il n’y est plus rattaché quelque stigmate que ce soit. De nombreuses personnes vivant en couple au Québec comprennent la possibilité qui est la leur de structurer leur relation autrement que par le seul mariage traditionnel et s’en prévalent. Les dispositions contestées accroissent le libre choix et l’autonomie de nombreux conjoints de même que leur capacité à donner un sens personnel à leur relation. C’est à la lumière de ces réalités qu’il faut mesurer le coût de l’atteinte au droit à l’égalité pour les personnes comme A qui n’ont pas réellement pu faire un choix. Il est possible de prétendre, à tort ou à raison, que la situation de femmes comme A peut mener à la conclusion que le modèle québécois n’offre qu’une autonomie formelle et une liberté illusoire. Cependant, la question que doit trancher la Cour est celle de savoir si le malheureux dilemme auquel sont confrontées les femmes comme A est disproportionné par rapport à l’ensemble des avantages que procure le texte législatif, au point de le rendre inconstitutionnel. Compte tenu de la nécessité de laisser au législateur une certaine latitude quant aux questions sociales difficiles à trancher ainsi que de la nécessité d’être sensible à la responsabilité qui incombe à chaque province, en vertu de la Constitution, de légiférer pour sa propre population, c’est par la négative qu’il faut répondre à la question.

III. Conclusion

1. Je suis d’avis d’accueillir les appels de B et du procureur général du Québec et de conclure à la constitutionnalité du modèle québécois. Je suis en outre d’avis de rejeter l’appel de A et de ne pas accorder de dépens.

 *Pourvois* *du procureur général du Québec et de B accueillis, pourvoi de A rejeté, les juges* Deschamps*,* Cromwell *et* Karakatsanis *sont dissidents en partie quant au résultat et la juge* Abella *est dissidente quant au résultat.*

 Procureurs de l’appelant/intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

 Procureurs de l’appelante/intimée A : Borden Ladner Gervais, Montréal.

 Procureurs de l’appelant/intimé B : Norton Rose Canada, Montréal; Suzanne H. Pringle, Montréal.

 Procureur de l’intervenant le procureur général du Nouveau‑Brunswick : Procureur général du Nouveau‑Brunswick, Fredericton.

 Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Alberta : Procureur général de l’Alberta, Edmonton.

 Procureurs de l’intervenante la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec : Garneau, Verdon, Michaud, Samson, Québec.

 Procureurs de l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes : Martha McCarthy & Company, Toronto; O’Hanlon, Sanders, Teixeira, Montréal.