

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

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

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

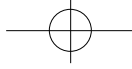
Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

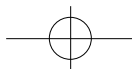
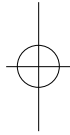
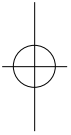
Courriel : themis@droit.umontreal.ca

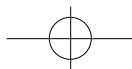
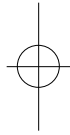
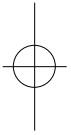
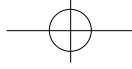
© Éditions Thémis inc.

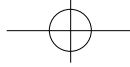
Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca



Chroniques sectorielles







Histoire du droit

La dialectique juridique du mariage

André DUVAL

Notaire

On ne s'en rend pas trop compte, mais le concept du mariage a passablement évolué depuis le temps où le droit coutumier français s'implantait sur les rives du St-Laurent avec les premiers colons français. Il convient de voir ce qu'était alors le mariage et ce qu'il devint par la suite.

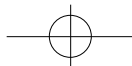
Au milieu du XX^e siècle – disons avant et après la Deuxième Guerre mondiale – la clientèle des notaires attachait une grande importance au contrat de mariage. De temps immémorial le contrat de mariage s'était inscrit dans la conscience populaire si bien que, lors d'un mariage, la passation d'un contrat était jugée chose essentielle. Les futurs époux devaient nécessairement « passer chez le notaire ».

Ces dernières années les choses ont bien changé. De nombreuses chirurgies effectuées au Code civil de même qu'au régime fiscal des particuliers ont réduit à peu près à rien l'aire des conventions matrimoniales, tant et si bien que le contrat de mariage de jadis n'a plus cours. « En fait, [pouvait-on lire en

1995 dans la *Revue du Notariat*¹], la convention matrimoniale apparaît dans l'esprit des juristes et de la population en général comme un instrument désuet auquel on ne recourt pratiquement plus. » Cela est dit en termes délicats. La réalité toute crue, c'est qu'on ne s'occupe plus du contrat de mariage. « On », c'est-à-dire ni les particuliers ni les pouvoirs publics.

Voilà donc un type de contrat qui serait en train de passer à l'histoire, bon à mettre au musée du notariat, s'il en existait un. Voilà un domaine où le prestige des notaires décroît, eux qui, pendant des générations, furent les architectes du régime matrimonial de leurs clients. Un règne a pris fin, pour ainsi dire. On peut donc, en toute sérénité, voir comment les choses ont évolué depuis le jour où l'ordre juridique s'est instauré en notre pays. Et que nous réserve l'avenir? Cela est une autre question. Mais la présente étude aura le mérite d'exposer où

¹ Vol. 98, octobre 1995.



nous en sommes désormais dans notre concept de l'union permanente de l'homme et de la femme, laquelle est évidemment à la base de la vie en société.

Pour bien savoir de quoi nous parlons, il nous faut remonter aux origines. Comment se fait-il que jadis on trouvait dans la population l'explicite conviction que, si on se mariait, il fallait passer un contrat de mariage? Comment se fait-il qu'au XX^e siècle, cette conviction a subsisté jusqu'à ces dernières années? Comment se fait-il qu'à l'époque où l'institution du mariage tenait dans la société une place prépondérante, le contrat de mariage tenait également une place prépondérante dans la pratique notariale?

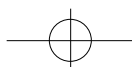
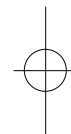
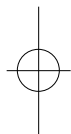
Voyons tout d'abord comment les choses se passaient en Nouvelle-France. Partons d'un cas historique, d'un cas qui nous servira en somme de spécimen dans la mesure où il n'avait rien d'exceptionnel, bien au contraire. Le cas que nous rapportons ici fut strictement un mariage ordinaire quant à la procédure et aux modalités. La seule différence avec quantité d'autres, ce fut la notoriété des conjoints. Voici. Le 13 décembre 1695, le sieur Jean-Baptiste Bouchard Dorval – de qui la ville de Dorval allait prendre le nom – et Marie Antoinette Choüart, la fille du célèbre Médard Choüart, sieur des Groseilliers (avec Radisson, l'un des pionniers de la Hudson's Bay Company), ayant convenu de contracter mariage, passèrent un contrat de mariage de pas moins de six pages devant Me Anthoine Adhémar, notaire à Ville-Marie. Lisons les premiers paragra-

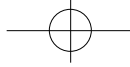
phes de ce contrat afin d'apprendre quelle idée on se faisait alors du contrat de mariage. Voici :

Pardevant Anthoine Adhémar, notaire roial de l'Yle de Montréal, résidant à ville-marie, soussigné, et témoins enfin nommés, furent présents en leurs personnes [suit la comparution fort élaborée des comparants] [...]

Ont reconnu et confessé volontairement et de leur bon gré avoir fait et accordé ensemble leur acte de mariage et toutes les conventions et clauses qui y sont portées, C'est à savoir que le sieur Jean-Baptiste Bouchard et Marie Antoinette Choüart ont promis et promettent réciproquement par ces présentes de se prendre l'un l'autre par nom et loy de mariage & icelui faire et célébrer et solenniser en face de notre mère Ste Église Catholique...

Analysons bien ce document. Il ne s'agit point d'un acte conditionnel à l'exécution d'un autre acte, par exemple une bénédiction nuptiale ou bien une inscription au registre officiel des mariages. Non. Il ne s'agit pas davantage d'un acte complémentaire, c'est-à-dire le choix d'un régime matrimonial par les futurs époux, acte entrant en vigueur après une cérémonie ultérieure de mariage. Non plus. Il s'agit d'un contrat de mariage au sens fort de l'expression : un homme et une femme conviennent de se marier et se donnent une charte de vie commune. Une fois le contrat dûment lu et signé, le notaire Adhémar inscrit dans le haut de la première page de son contrat, au coin gauche, la mention laconique que voici :





13 XII 1695

Mariage de Bouchard & Choüart.

Me Adhémar inscrivit « mariage » comme, en d'autres cas, il inscrivait « vente » ou « bail » ou toute autre désignation du type de contrat qu'il venait de recevoir. Par ailleurs, l'événement fut l'occasion d'une belle réunion d'amis, qui tous signèrent le contrat à la suite des époux. Ce qu'on fêtait et qu'on attestait ainsi, ce n'était évidemment pas un projet de mariage, mais c'était explicitement la réalisation d'un projet de mariage, le mariage lui-même quoi! L'expression « contrat de mariage » avait alors son plein sens, c'est-à-dire celui d'un instrument juridique exécuté pardevant notaire et par lequel un homme et une femme se mariaient.

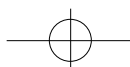
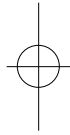
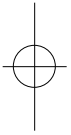
À cette interprétation du texte et des événements qui entourèrent le mariage notarié de Jean-Baptiste Bouchard Dorval et Marie Antoinette Choüart, on pourrait apporter des objections. Il est vrai que les comparants déclarent « avoir promis » et qu'ils « promettent » se prendre réciproquement pour époux. D'autre part, ils s'engagent à ce que leur mariage soit fait et célébré et solennisé devant l'Église. Or, cette phraséologie même indique qu'ils considèrent leur mariage comme chose faite. La présence à l'église deviendra la publicité du mariage. C'est donc la cérémonie religieuse qui devient ici l'accessoire. C'est *parce* qu'il y a mariage qu'on passe à l'église, et non *pour* qu'il y ait mariage. Cela fait toute la différence du monde. Quant à l'échange des promesses, il vient de ce que le mariage se compose d'un

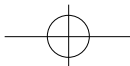
état de droit, c'est-à-dire l'engagement réciproque, suivi d'un état de fait, c'est-à-dire la vie commune. En tant qu'état de droit, le mariage est créé par la signature des époux au pied du contrat devant notaire, alors que la vie commune des époux devient une question de fait.

Les choses continuèrent à se passer ainsi au Canada de la Nouvelle-France. La conquête du pays par les Anglais n'y changea rien. L'*Acte de capitulation de Québec* stipulait, en effet, que les lois civiles antérieures subsistaient. On trouve une semblable stipulation dans l'*Acte de capitulation de Montréal*. Le *Traité de Paris* de 1763 confirma ces arrangements consentis par les chefs d'armée. C'est ainsi que les notaires du temps continuèrent à utiliser les formulaires apportés de France par leurs prédécesseurs, les Basset, Adhémar, Bourguine et autres. Les coutumes françaises se maintinrent donc au Canada de la ci-devant Nouvelle-France comme si de rien n'était.

Faisons maintenant un bond de cent ans et voyons comment les choses se passaient au milieu du XIX^e siècle, donc avant la codification qui allait nous valoir, en 1866, le *Code civil du Bas Canada*. Cette fois encore, nous allons procéder à partir d'un cas particulier servant d'échantillon, un cas n'offrant rien d'exceptionnel et qu'on a tout lieu de considérer comme conforme à la pratique courante.

Le 7 février 1847, nous voici en la belle paroisse de l'Ange-Gardien, sur la côte de Beaupré, en la demeure de Nicolas Lefrançois. Marie-Ludivine Lefrançois, la fille de





ce dernier, a accepté d'unir sa destinée à celle de François Rouleau, maître menuisier, du faubourg St-Roch, à Québec. Leur contrat de mariage sera reçu par les notaires Louis Prévost et Louis-Charles Lefrançois. Comme au temps de Jean-Baptiste Bouchard Dorval et de Marie Antoinette Choüart, les comparants déclarent avoir promis et « promettent de se prendre pour mari et femme respectivement et de faire célébrer leur mariage en face de l'Église romaine aussitôt que faire se pourra ». Les parents et amis réunis pour la circonstance, tant du côté des Lefrançois que du côté des Rouleau, signent le contrat à la suite des époux.

C'était encore l'époque où, selon les coutumes antiques, on estimait que le régime matrimonial de la communauté de biens était dans la logique du mariage. Il fut donc stipulé au contrat que les époux seraient « uns et communs de tous biens meubles, acquêts, conquêts et même dans leurs propres présents et futurs, dérogeant pour cet effet à toutes loix et coutumes à ce contraires ». Et, le contrat de mariage de se dérouler en parlant de douaire, de préciput, de biens propres et de donations réciproques, comme au temps des Français. Nos vieux praticiens jonglaient sans peine avec ces éléments des vieilles coutumes de France.

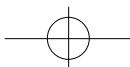
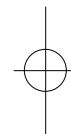
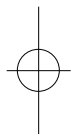
C'est maintenant le temps de nous demander ce qui se passait à l'église, puisqu'on s'engageait à y faire célébrer et solenniser le mariage. Cela, le registre paroissial des mariages va nous l'apprendre. Cette fois encore, procédons à partir

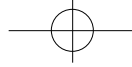
d'un cas vécu. (On pardonnera à l'auteur de puiser dans ses propres archives familiales, cela pour un motif évident de commodité.) Voici donc, à titre d'exemple, un extrait du registre des mariages de la paroisse Notre-Dame de Québec pour l'année 1774, donc bien avant l'ère du *Code civil du Bas Canada*. On vivait encore sous l'empire du droit coutumier français.

Le vingt-cinq juillet mil sept cent soixante et quatorze, après la publication de trois bans de mariage selon l'usage ordinaire entre Nicolas Duval, résident en cette paroisse, fils de feu Nicolas Duval et de défunte Louise Leclair, ses père et mère, du Port-Royal, d'une part, et Marie Louise Marin, fille de Jean Baptiste Marin et de Marie Halarie, ses père et mère, de cette paroisse, d'autre part, nous vicaire de Québec, soussigné, n'ayant eu aucun empêchement audit mariage, leur avons donné la bénédiction nuptiale avec les cérémonies ordinaires de l'Église après avoir reçu leur mutuel consentement en présence de [...]

(signé) Louis Beaumont, ptre

En 1801 – toujours avant le *Code civil du Bas Canada* – ce sera le mariage de François Duval, issu du mariage de Nicolas Duval et de Louise Marin. Au registre des mariages, on trouve une attestation parfaitement semblable à celle de 1774, sauf quant aux noms et aux dates, bien entendu. En 1836, ce sera le mariage de François Duval fils, issu du mariage de François Duval et de Marie Georget. Au registre des mariages on trouve une





attestation analogue aux précédentes. En 1880, ce sera le mariage d'Henri Duval et d'Adéline Martel – mes grands-parents – : même texte que précédemment.

En 1914 – donc sous le régime du *Code civil du Bas Canada* – ce sera le mariage d'Arthur Duval et de Gabrielle Chalifour, mes père et mère. Au registre des mariages de la paroisse St-Roch, on trouve la même phraséologie que pour mon grand-père et mon arrière-grand-père. Cela signifie qu'au point de vue canonique, le Code civil de 1866 n'avait entraîné aucun changement. En revanche, le contrat de mariage d'Arthur Duval et de Gabrielle Chalifour contiendra une innovation de taille. En voici le début. Lisez avec attention :

*L'an mil neuf cent quatorze, le quatorzième jour de juin,
Devant Jacques Édouard Plamondon,*

notaire public [...]

Ont comparu : [suit la comparution des parties]

Lesquels, en vue du mariage projeté entre eux, ont fait et établi les conventions civiles suivantes :

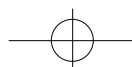
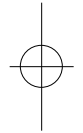
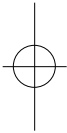
1. Les futurs époux seront séparés de biens et [...]

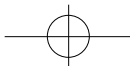
L'innovation que je signale tient dans les mots « en vue du mariage projeté ». On se rend tout de suite compte du chemin parcouru. L'Église n'a pas bougé d'un iota, il est vrai, comme on le voit à la lecture des actes de mariage, lesquels, d'une génération à l'autre, sont tous rédigés dans les mêmes termes. Mais, du côté du contrat de mariage, on assiste à une évidente rétrogradation de cet instrument

juridique. Ce n'est plus comme avant le Code civil, en ce sens que le contrat de mariage rédigé par le notaire, lu par lui aux parties et signé par elles n'est plus une convention de mariage, mais seulement une convention entre *futurs* époux. Le contrat de mariage hérité de notre passé français n'a plus pour effet d'effectuer en termes solennels l'union de l'homme et de la femme. Il n'est plus qu'une simple convention « en vue du mariage projeté », c'est-à-dire une convention limitée au choix d'un régime matrimonial. Il est malheureux qu'on ait conservé l'appellation de contrat de mariage à un acte qui n'en était plus un. Ce fut une source de confusion tout au long du XX^e siècle.

Je me rappelle tout jeune avoir assisté à la passation du contrat de mariage d'un de mes oncles à la demeure de ma grand-mère, mon père – qui était notaire de profession – agissant à titre professionnel bien qu'il fût lui-même de la famille. Tous mes oncles et tantes se trouvaient réunis au salon de la grand-mère. Une fois le contrat signé, le notaire d'embrasser ostensiblement la mariée selon la tradition qui voulait que le notaire fût le premier à poser ce geste. Et l'on sabla le champagne. Tout cela était un reliquat du temps, pourtant lointain, où le contrat de mariage, c'était le mariage.

Je ne dirai pas que cette déchéance du contrat de mariage fut une tragédie. Mais le changement constaté signifie sans le moindre doute l'effondrement des coutumes françaises quant au mariage. Les vieux formulaires jadis apportés de





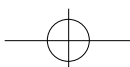
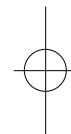
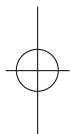
France tombèrent en désuétude et les formules solennelles de jadis disparurent de la langue des notaires.

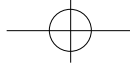
À propos, bien que sous le *Code civil du Bas Canada* la communauté de biens fût demeurée le régime de droit commun, on en vint à recourir systématiquement au contrat de mariage pour écarter ladite communauté de biens comme régime matrimonial des époux. Bientôt les notaires prirent pour acquis que, si les futurs époux se présentaient à leur bureau en vue d'un contrat de mariage, cela signifiait par le fait même qu'ils optaient pour le régime matrimonial de la séparation de biens. C'était un peu facile comme raisonnement, mais enfin telle était la situation. Effectivement, il est indéniable que, durant la majeure partie du XX^e siècle, la plupart des gens ne juraient que par la séparation de biens. En somme, l'aire du contrat de mariage notarié se restreignait de plus en plus, le contrat en question ne servant plus qu'au choix de la séparation de biens comme régime matrimonial des époux.

Revenons à notre sujet. Les récits que nous venons de relater montrent qu'entre les vieilles coutumes françaises et l'Église catholique il y eut en somme une grande rivalité quant à la juridiction du mariage. À l'église, les prêtres faisaient répéter aux époux le consentement déjà donné chez le notaire. On faisait signer des témoins. Donc, le droit canon, c'est-à-dire le droit ecclésiastique, tendait à se substituer au droit civil. L'Église se comportait comme législateur et administrateur en matière de mariage. Elle établis-

sait les empêchements de mariage et déterminait les éléments requis pour la validité de la bénédiction nuptiale qu'elle seule évidemment pouvait conférer. Ce fut la lutte du pot de fer contre le pot de terre.

Au cours des siècles, théologiens et canonistes avaient mis au point une théorie chrétienne du mariage absolument hermétique, en ce sens que n'était pas admis au mariage aux yeux de l'Église quiconque dérogeait à ses règles. On aurait pu chez le notaire signer tous les contrats de mariage du monde, on n'était pas marié aux yeux de l'Église à moins de s'être présenté au prêtre et d'avoir obtenu de lui la bénédiction nuptiale. Au registre paroissial des mariages, on ne faisait même pas mention du contrat de mariage. Aux yeux de l'Église et du *Code civil du Bas Canada*, le mariage commençait le jour de la bénédiction nuptiale et non pas le jour de l'acte notarié de mariage. En somme, à l'église on repartait à zéro. On s'assurait de l'absence d'empêchements dirimants et l'on recevait le consentement des parties. Dans une société homogène, parce qu'universellement de religion catholique comme la société canadienne (pour la population d'origine française), il fut relativement facile pour l'Église de faire du mariage une institution chrétienne, de contrat civil qu'il était selon les coutumes des provinces de France. Bref, l'Église imposa sa conception du mariage. Quand on parle de *société chrétienne*, c'est en partie à cela que l'on réfère. Une société qui accepte les standards de l'Église catholique romaine quant





au mariage, c'est une société chrétienne.

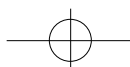
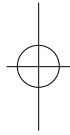
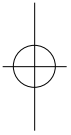
Naturellement, l'Église ne portait aucun intérêt aux arrangements d'ordre temporel auxquels les époux ne sauraient échapper, aussi profondément chrétiens qu'ils puissent être. On laissa donc aux époux la détermination du régime matrimonial à adopter quant à leurs biens présents et futurs et cela continua à s'effectuer par le ministère des notaires. C'est ainsi qu'à partir du Code civil de 1866, sans pour autant changer de nom, le contrat de mariage cessa d'avoir pour objet le mariage et devint le contrat que nous avons connu au cours du XX^e siècle.

Cet aboutissement signifie que les auteurs du *Code civil du Bas Canada* considéraient qu'ils avaient à légiférer pour une société chrétienne, à tout le moins quant au mariage. Ils jugèrent expédient de garder le mariage à l'état d'institution placée sous l'égide de l'Église. Sous ce rapport ils ne codifièrent pas le droit antérieur, bien au contraire. Ils innovèrent, créant à cette occasion l'un de ces éléments dits « de droit nouveau » comme les juristes se mirent à appeler les modifications apportées au droit coutumier. Les codificateurs prêtèrent au pouvoir public des vues analogues à celles de l'Église. De fait, entre les vues de l'Église et les vues du pouvoir public, il y eut pendant des générations une quasi identité. L'Église reçut le mandat de gérer le mariage. C'est à la fois au nom de l'Église et au nom du pouvoir public que nous étions mariés par le ministre du culte. « *Ego conjugo vos*

in matrimonium [...] », voilà ce que les rubriques faisaient dire par l'officiant aux époux lors de la cérémonie du mariage. À partir de cette époque, les notaires se trouvèrent évincés de leur rôle historique en la matière, car le mariage avait cessé d'être un contrat civil.

Dans ces conditions on peut dire que le contrat de mariage d'après le Code civil fonctionnait à vide, puisqu'il ne portait plus sur l'essentiel, c'est-à-dire l'union de l'homme et de la femme. Les dispositions que les notaires prirent désormais l'habitude d'y inclure n'avaient rien de personnel aux futurs époux. C'était, au contraire, des généralités qu'on répétait d'un contrat à l'autre pratiquement sans égard à la situation particulière des contractants. On se délesta même des belles phrases dont les vieux praticiens aimaient remplir les contrats solennels. Nos contrats de mariage devinrent impersonnels et prosaïques, parce que justement ce n'étaient plus des contrats de mariage, mais uniquement une convention quant au régime matrimonial, convention à laquelle on joignait volontiers de modestes donations et une clause d'institution contractuelle, d'ailleurs le plus souvent révocable. Les notaires d'après le *Code civil du Bas Canada* se plièrent volontiers à l'exécution de ce contrat de mariage déchu.

Des coutumes françaises les codificateurs avaient gardé la communauté de biens comme régime matrimonial de base dans notre société. Il s'effectuait un choix automatique du régime de la communauté de biens quand les

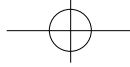


mariés sortaient de l'église après y avoir reçu la bénédiction nuptiale, à supposer qu'on ne fût pas au préalable passé chez le notaire. On connaît la suite du récit. La société évolue, les temps changent. Il fallut assez tôt envisager des innovations. Vers les années 1930, on créa « les biens réservés de la femme mariée », ce qui se présentait comme une exception au régime de base déterminé par le Code civil. Mais, c'était déjà le coin qu'on enfonce dans une fissure. À l'époque où je commençai à exercer la profession de notaire, c'est-à-dire après la Deuxième Guerre mondiale, déjà les notaires ne parlaient pas avec faveur de la communauté de biens. À la faculté de droit, on n'en disait rien du tout. On jugeait tout ce qui s'y rapportait comme d'un ennui suprême. Quant à moi, j'en vins rapidement à considérer que la communauté de biens poussait trop loin le principe de l'identification de la femme à son mari. Je voulais bien que, dans le mariage, l'homme et la femme demeurent unis « pour le meilleur et pour le pire », mais j'acceptais mal qu'on appliquât cette notion à des éléments parfaitement contrôlables de la vie du couple. Il survient dans la vie des occurrences auxquelles on ne peut rien – la maladie, la vieillesse –, et alors, on doit rester uni « pour le meilleur et pour le pire ». Mais chacun a sa vie. Je n'abondais pas dans le sens de la communauté de biens pour ce qui est de l'assujettissement total de la femme aux objectifs de la communauté de biens.

Notre génération se multiplia en des considérations de ce genre, mais on ne sortit jamais du cadre

étroit du régime matrimonial. On s'ingénia à façonner un régime de base qui réconcilierait tous les points de vue. M^e Roger Comtois, ancien doyen de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, jadis directeur de la *Revue du Notariat*, pourrait nous en dire long là-dessus. La société d'acquêts qu'avec d'autres il mit au point et qui fut incorporée au Code civil marque un jalon dans l'histoire du mariage au Québec. Il fallait « supprimer à jamais l'idée que la communauté est l'affaire du mari ». On voit jusqu'à quel point l'antique communauté de biens était honnie. Et M^e Comtois de renchérir : « il fallait à tout prix faire disparaître le terme commu-
nauté devenu péjoratif à cause d'un lourd passé de reproches ».

La société d'acquêts naquit sous ces sombres auspices. Or, était-elle destinée à porter son coup de mort au contrat de mariage dégénéré que nous avons depuis cent ans? Il est certain que, si on inscrivait au Code civil un régime de base respectueux des prérogatives individuelles des conjoints, d'une part, et des impératifs de la vie d'un couple et de la formation d'une famille, d'autre part, on n'aurait plus besoin du pseudo-contrat de mariage postérieur au *Code civil du Bas Canada*. Pouvait-on aller aussi loin que d'imposer la société d'acquêts à tous les couples mariés? Cela aurait voulu dire que jeune ou vieux, riche ou pauvre, si vous contractiez mariage, eh bien! vous étiez marié sous le régime de la société d'acquêts. Cela, sans alternative. Je doute que M^e Comtois, tout confiant qu'il fût dans son concept, envisageât d'aller jusque-là. Or, ce fut le



législateur lui-même qui porta le coup de grâce au contrat de mariage notarié. Quand les dispositions du Code civil relatives au *patrimoine familial* devinrent loi, ce fut la guillotine sur le chapitre des conventions matrimoniales. Ces dispositions nouvelles et imprévues faisaient fi de la volonté des parties exprimées dans le contrat de mariage. Ce fut pour tout dire la mort du contrat de mariage notarié.

Or, à cette même époque, on entrainait dans l'ère de la cohabitation. La disparition du contrat de mariage et la prolifération des cas de cohabitation sont à vrai dire deux événements qu'il convient de ne pas juger comme indépendants l'un de l'autre. Les deux phénomènes ont ceci de commun qu'ils attestent la fin du quasi dogme de l'incommunicabilité qui était de règle depuis toujours entre l'univers des hommes et l'univers des femmes. De temps immémorial hommes et femmes ne se rejoignaient que par le contrat de mariage et la bénédiction nuptiale. Cette incommunicabilité s'effrita au cours du XX^e siècle alors qu'on vit hommes et femmes de tous âges et de toutes conditions faire vie commune comme si de rien n'était.

Sur ces entrefaites un personnage auguste fit son entrée en scène. Le *Code civil du Québec* dans son ensemble n'allait entrer en vigueur que le 1^{er} janvier 1994, mais son livre deuxième consacré à la famille était entré en vigueur dès 1980. Ce livre deuxième contenait les divisions suivantes :

Titre premier *DU MARIAGE*

Titre deuxième *DE LA FILIATION*

Titre troisième *DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE*

Titre quatrième *DE L'AUTORITÉ PARENTALE.*

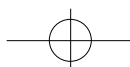
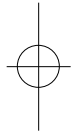
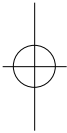
Le titre premier comporte un chapitre premier intitulé *Du mariage et de sa célébration*, se composant de treize articles, soit les articles 365 à 377.

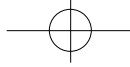
Selon l'article 365,

Le mariage doit être contracté publiquement devant un célébrant compétent et en présence de deux témoins.

Il ne peut l'être qu'entre un homme et une femme qui expriment publiquement leur consentement libre et éclairé à cet égard.

L'expression « contracter mariage » est bien établie en français. Cela veut dire « s'engager dans l'état du mariage ». En revanche, on ne peut pas dire d'un mariage qu'il est contracté. Dire d'un mariage qu'il « doit être contracté publiquement », cela fait bizarre. Ce qu'on a probablement voulu dire, c'est que le mariage doit être célébré publiquement. Or, que veut dire ce « publiquement »? Le notaire est un officier public, mais il n'est pas question de notaire ici. Nous ne reverrons plus ces belles fêtes familiales célébrées à l'occasion de la passation du contrat de mariage comme au temps de Jean-Baptiste Bouchard Dorval à Montréal, comme au temps de François Rouleau à l'Ange-Gardien, comme au temps de l'un de mes oncles au cours des années 1920 à Québec. Autrefois, c'était





l'Église qui réclamait que le mariage ne fût pas une affaire privée, qu'elle-même détint le monopole de la célébration et qu'elle-même recueillit dans cette célébration le consentement des époux. Les choses se passaient comme si l'Église avait dit : « Homme et femme, on ne peut pas vous forcer à vous unir, mais si telle est bien votre volonté sachez que vous ne pourrez le faire clandestinement ».

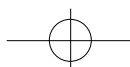
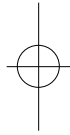
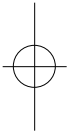
J'ai omis de rappeler qu'en Nouvelle-France le mariage clandestin était la bête noire des autorités. Pour quelle raison? Eh bien! c'était probablement pour restreindre le commerce charnel et l'assujettir aux normes canoniques. En deçà de ces normes, c'était l'aire du péché. Mgr de Laval condamnait « les Français qui péchaient avec les sauvagesses ». On en est toujours là, c'est-à-dire en exigeant que les époux se soumettent à des normes définies par la loi et que dans la rencontre des sexes on ne s'en tienne pas seulement au commerce charnel. L'État tient de nos jours le même langage que jadis l'Église : « On ne peut pas vous forcer à vous marier, dit-on aux futurs époux, mais si vous vous mariez, tout devra se dérouler selon l'autorité de la loi, sinon il n'y aura pas mariage ». La grande différence, c'est que l'État ne peut pas dire : « En deçà de mes normes, vous serez dans le péché ». L'État dira-t-il : « En deçà de mes normes, vous serez dans l'illégalité »? On peut en douter. Sous ce rapport le mariage public, c'est-à-dire le mariage sous l'égide de l'État prescrit par le *Code civil du Québec*, ne s'impose pas avec la même intransigeance que le mariage sous

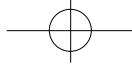
l'égide de l'Église prescrit jadis par le *Code civil du Bas Canada*.

Pour favoriser la noble institution du mariage, il resterait à montrer tout l'avantage qu'il y a à se marier. Or, c'est ici que le bât blesse. Quand on lit le *Code civil du Québec*, on est frappé de la foi vacillante du législateur dans le système matrimonial qu'il crée et qu'il entend gérer. Le législateur paraît hanté par une éventuelle tournure fâcheuse des événements. Le fait est qu'il n'est jamais question de l'indissolubilité du mariage. Autant le texte est flou quant à la notion même de mariage (on n'en trouve rien de plus comme définition que les articles 392 à 396 C.c.Q. relatifs aux droits et devoirs des époux), autant il devient minutieux au chapitre du partage du patrimoine (art. 416-430 C.c.Q.) et de la dissolution de la société d'acquêts (art. 465-484 C.c.Q.). Dans ces conditions on s'explique pourquoi le Code civil évite de définir le mariage.

*
* *

Voilà où nous en sommes de nos jours quant au mariage. Nous faudra-t-il revenir à l'idée qu'on se faisait du mariage avant le *Code civil du Bas Canada* et entre les deux codes? En fait, cela n'est qu'un vœu pieux. La noblesse du mariage et la place d'honneur qu'il occupait jadis dans la vie de la société découlaient d'une sorte d'antinomie entre les sexes. Or, l'incommunicabilité de l'univers des hommes et de l'univers des femmes n'existe plus guère désormais et cela affaiblit d'autant la position du mariage. Dans la mesure où le





mariage n'est plus le seul poste de douane à la frontière de ces deux univers, on s'explique la mollesse de la société quand il s'agit d'accorder au mariage l'exclusivité de la rencontre charnelle des hommes et des femmes.

Ces propos sont plus ou moins de la nature d'une conclusion. Notre étude en est une qui ne conclut pas. Mais il est bon de voir où en sont les choses.

