

**NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DE LA FAMILLE
DOSSIER DE SYNTHÈSE**

Par Valérie Boudreau, Sylvie Falardeau et Iliana Auverana

Groupe *common-law marriage*

TERMES EN CAUSE

common-law marriage
common-law relationship
common-law spouse
common-law union
marriage at common law
marriage by habit and repute
marriage by cohabitation with habit and repute

TERMES DÉJÀ NORMALISÉS

*marriage*¹ = « mariage¹ »
*marriage*²; *matrimony* = « mariage² »
*marriage*³; *matrimony*² = « mariage³ »
*spouse*¹ = « époux, épouse »
*spouse*² = « conjoint, conjointe »

(Droit de la famille, dossier CTTJ FAM-301)

ANALYSE NOTIONNELLE

common-law marriage
common-law relationship
common-law union
marriage at common law

En premier lieu, nous allons définir le terme central du groupe à l'étude : *common-law marriage*.

Notons d'abord que nous adoptons la graphie avec le trait d'union pour le terme *common-law marriage*, comme nous l'avons fait dans les travaux antérieurs puisque le vocable *common law* a une valeur adjectivale dans les termes complexes du présent dossier. Cependant, dans les contextes cités, nous reproduirons la graphie adoptée par l'auteur telle qu'elle paraît dans le texte de l'ouvrage.

Citons en premier lieu un contexte qui montre la charge historique de la notion de *common-law marriage* :

Common law marriage has its origins in old English ecclesiastical law and medieval canon law, which in turn was influenced by Roman Law ... This resulted from the fact that ecclesiastical courts in England administered the canon marital laws. Consequently, the term **common law marriage** did not have its origins in the English common law courts, and a strict interpretation of the term is not entirely accurate. However, in a broader sense, the canon law has also been viewed as a part of the English common law.

...

England certainly allowed marriages to be entered *in facie Ecclesiae*. The validity of a marriage, however, was not dependent upon any form requirement. The English Church consequently recognized both (1) marriage commenced through the parties' contract as to a present, in other words, an immediately effective marriage, *consensus de praesenti*, and (2) marriage commenced through the parties' contract as to a future marriage, as well as a subsequent consummation, *consensus de futuro cum copula carnale*. [Nous soulignons.]

[Göran Lind, *Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation*. New York, Oxford University Press, 2008 à la p. 132.]

Le *common-law marriage* s'établissait d'après les faits exposés en (1) ou (2). Telle fut la situation en droit anglais jusqu'en 1753, année de l'adoption de la *Lord Hadwicke's Act*. Cette loi allait désormais soumettre la conclusion des mariages à des exigences de forme assorties de sanctions, notamment la triple proclamation des bans en présence d'un ministre du culte et de deux témoins.

Au sujet du sens de l'adjectif *common-law* dans l'expression *common-law marriage*, la professeure Rebecca Probert mentionne que le vocable *common law* servait particulièrement à distinguer ce mariage de celui qui était régi par le droit d'origine législative, soit les dispositions de la *Lord Hadwicke's Act* :

[T]he term 'common-law marriage' was unknown before 1753 and for a considerable time afterwards. This may be thought to be a bold claim, but it is supported by both logic and evidence. First, there was no reason for the term to be used. Prior to the Clandestine Marriage Act of 1753, the validity of a marriage was a matter for the canon law to determine. It was only after the legislation had been passed that the term 'common law' began to be used to differentiate the non-statutory canon law from the legislation that succeeded it. [Nous soulignons.]

[Rebecca Probert, "Common-Law Marriage: Myths and Misunderstandings," (2008) 20 Child and Family Law Quarterly 2.]

Ce sens qu'elle attribue à l'adjectif est appuyé par la quatrième édition du *Black's Law Dictionary*, lequel mentionne que :

As a compound adjective 'common-law' is understood as contrasted with or opposed to statutory, and sometimes also to equitable or to criminal.

[Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 4^e éd., West Publishing Co., 1968, s.v. «common law».]

La notion de *common-law marriage* a toutefois été reçue dans les colonies qui n'ont pas adopté la *Lord Hadwicke's Act*, de même qu'en Écosse et en Irlande où cette loi ne s'appliquait pas.

Toutefois, dans le même article, Rebecca Probert démontre que l'expression *common-law marriage* est apparue bien plus tard que le concept qu'elle est censée désigner :

The term [**common-law marriage**] itself was a surprisingly late addition to legal phraseology: the practice that it would later used to describe developed decades before the actual phrase became common.

It would appear that the canon law of marriage began to be described as 'the common law of marriage' in the early nineteenth century, in both the USA and England. The abbreviated term '**common law marriage**' emerged in US treatises a little later. [Nous soulignons.]

[Rebecca Probert, "Common-Law Marriage: Myths and Misunderstandings," (2008) 20 Child and Family Law Quarterly 17.]

En droit moderne, la notion de *common-law marriage* s'est teintée de divers éléments définitoires en fonction du système dans lequel elle a évolué.

common-law marriage has one meaning in the U.S., another in Scotland, and still another in England. In the U.S., it generally denotes an agreement to marry, followed by cohabitation and a public recognition of the marriage.

...

In Scotland, the phrase denotes cohabitation for a substantial period with the acquisition of the reputation of being married (an agreement to marry not being necessary).

And in England, *common-law marriage* is now used only of a marriage celebrated according to a common-law form in a place where the local forms of marriage cannot be used ...

[Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1995, s.v. «common-law marriage».]

C'est en droit américain que cette notion semble la plus usitée. Par conséquent, on y trouve davantage de doctrine sur le sujet. Voici un autre contexte tiré de l'ouvrage de Göran Lind :

Common law marriage is not, as sometimes assumed, a legal construction with the limited objective of reaching solutions in particularly exceptional cases. A **common law marriage** entails in principle all the legal effects of formal marriage. The parties in such a marriage consequently have the same obligations to each other during the marriage as do spouses. The dissolution of the relationship *inter vivos* occurs through marital divorce. Consequently, the establishment of a **common law marriage** is informal but the dissolution is formal. A **common law marriage** is not terminated merely by separation ... A **common law marriage** constitutes an impediment against a later marriage, both ceremonial and common law. [Nous soulignons.]

[Göran Lind, *Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation*. New York, Oxford University Press, 2008 à la p. 6.]

On peut dès lors constater à la lecture de ce contexte que le *common-law marriage* ne se résume pas à une situation de cohabitation hors mariage.

Toutefois, l'expression a été galvaudée en ce sens au fil du temps, si bien qu'elle en est venue à désigner cette situation dans l'usage. Simon R. Fodden l'explique dans son ouvrage intitulé *Family Law*; puis il situe le *common-law marriage* véritable dans le contexte canadien :

A word should be said about **common law marriage**. Although misused by lawyer and layperson alike to mean cohabitation outside marriage, the term in fact describes a marriage that was indeed formerly valid—valid at the common law, if not by statute law. Its essence was—and may still be—a simple exchange of vows by the spouses, in which each agrees to take the other as wife or husband.

...

Are **common law marriages** possible today? ... [I]n Canada, in the case of *Re Noah Estate*¹, the court recognized as valid a marriage between Aboriginal persons that took place according to Inuit custom. In so doing, the court appeared to accord it validity as a **common law marriage**. However, in *Dutch v. Dutch*², the court held that common law marriages are not possible under Ontario Law.

Whether or not this abstruse form continues to be legally possible, it would make sense to reserve phrases such as “common law marriage” or “common law husband” for discussions of quaint forms, and to develop new, more apt language to describe cohabitation without marriage. [Nous soulignons.]

[Simon R. Fodden, *Family Law*, Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law Inc., 1999 à la p. 31.]

¹ (1961), 32 D.L.R. (2d) 185 (Territorial Court of the Northwest Territories).

² (1977), 1 R.F.L. (2d) 177 (Ontario County Courts).

En droit canadien, le *common-law marriage* proprement dit conserverait donc une existence plutôt théorique.

Du côté du droit anglais, la reconnaissance du *common-law marriage* se limite aujourd'hui à quelques cas d'exception. Voici deux extraits de l'ouvrage *Halsbury's Laws of England* :

marriages abroad; **common law marriages**. In general, marriages in foreign countries will be recognised by English Law as formally valid if solemnised in accordance with the forms and ceremonies of the *lex loci celebrationis*. Where the local law is inapplicable or cannot be complied with, a marriage is formally valid if celebrated in accordance with the English common law. [Nous soulignons.]

[*Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 22, Londres, Butterworths, 1979 à la p. 616.]

Dans le volume 8 du même ouvrage, sous le titre *Conflict of Laws*, on trouve quelques lignes d'explications supplémentaires :

Compliance with *lex loci* impossible. Where the local forms are inapplicable or where there is insuperable difficulty in complying with them, a marriage is formally valid if celebrated in accordance with the English common law. In such a case, the marriage need not be celebrated in a church or chapel or before a minister of religion or in the presence of witnesses: it is probably sufficient that the parties take each other for man and wife by an informal exchange of consent. [Nous soulignons.]

[*Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 8, Londres, Butterworths, 1974 à la p. 332.]

Ces cas d'exception ne sont certainement pas chose courante, puisqu'on trouve comme exemples de telles situations le cas des époux se trouvant sur une île déserte, celui de l'impossibilité de trouver un ecclésiastique ou un ministre du culte, et enfin le cas où les époux ne peuvent se conformer aux règles du *lex loci celebrationis* pour des raisons morales.

[I]n England, **common-law marriage** is now used only of a marriage celebrated according to a common-law form in a place where the local forms of marriage cannot be used (e.g. desert island) or are morally unacceptable to the parties (e.g. a Muslim country) or where no cleric is available.

[Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1995, s.v. «common-law marriage».]

The term **common law marriage** is now applied in English law to a marriage celebrated according to a common law form in a place where the local forms of marriage cannot be utilized, e.g. desert island, or are morally unacceptable to the parties, e.g. Mohammedan country, or no clergyman is available.

[David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980, s.v. «common law marriage».]

À ces cas s'ajoute le contexte des situations de guerre :

Currently it would seem there are two narrow circumstances under which **common law marriages**, in England at least, may be recognized: where it is impossible to comply with local law; and where the parties have not submitted to local law. The latter involves unusual and highly restricted circumstances, having essentially to do with the dislocations of war.

[Simon R. Fodden, *Family Law*, Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law Inc., 1999 à la p. 31.]

Dans la dixième édition de l'ouvrage *Bromley's Family Law*, on ne consacre même aucun chapitre au *common-law marriage*, mais nous l'avons repéré dans le passage relatant l'historique des exigences de forme du mariage où on le décrit sans le désigner nommément. On trouve toutefois une mention qui nous met en garde de ne pas confondre la *presumption of marriage* avec ce qu'on appelle erronément le *common law marriage* :

It has long been established that, if a man and woman cohabit and hold themselves out as husband and wife, this in itself raises a presumption that they are legally married. It is important, however, not to fall into the trap of regarding such a situation as a "**common law marriage**." The presumption of marriage asserts that the parties *are* validly married, albeit that there is a lack of evidence conclusively to show this. By contrast, the phrase "**common law marriage**" is frequently used, completely erroneously, to suggest that a couple who plainly never did enter into a marriage (or even intend to marry), have *acquired* the status of marriage through mere cohabitation. [Nous soulignons.]

[Nigel V. Lowe et Gilian Douglas, *Bromley's Family Law*, 10^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007 à la p. 64.]

L'« erreur » relatée par les auteurs Fodden, Lowe et Douglas semble bien présente, même dans le langage juridique :

The phrase "**common law marriage**" is used in two quite different senses. Firstly, in its more colloquial usage, it refers to cohabitation – to the relationship between an unmarried couple who choose to live together. Secondly, in its more technical and correct sense, it refers to a type of informal marriage in which some of the formal requirements of the marriage ceremony, which are normally required by the jurisdiction in which the parties are being married, have been omitted. [Nous soulignons.]

[Winifred H. Holland, *Unmarried Couples : Legal Aspects of Cohabitation*. Toronto, The Carswell Company Limited, 1982 à la p. 14.]

A dramatic increase in the rate of marriage breakdown led to liberalization of divorce in 1968 and to further reforms in 1986. Changing social mores in the 1960s and 1970s led to wider social

acceptance of cohabitation outside of marriage and an increase in the incidence of common-law marriage.

...

In Canada, the term "**common-law marriage**" is often used to describe an opposite-sex conjugal relationship where the parties cohabit but are not legally married. [Nous soulignons.]

[Internet. [<http://www.lexisnexis.com>]. LexisNexis. Quicklaw. Nicholas Bala. "Controversy over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships." Queen's Law Journal, vol 29, 2003, p. 41. (20111027)]

Nous consignerons d'abord l'acception technique du terme *common-law marriage*, acception que les auteurs reconnaissent comme étant le sens « correct » du terme.

Le terme *marriage* a été étudié dans le dossier CTTJ FAM 301, groupe *Termes de base*. Trois sens ont été retenus pour ce terme :

*marriage*¹: *The legal union of a couple as spouses.*

*marriage*²; *matrimony*¹: *The act establishing a marriage*¹.

*marriage*³; *matrimony*²: *The state of being married.*

Nous nous sommes demandé à quel sens du terme *marriage* nous devons rattacher le terme *common-law marriage*.

Nous ne pensons pas qu'il puisse se rattacher au premier sens, soit "[t]he legal union of a couple as spouses," étant donné qu'il s'agit d'un mariage qui ne respecte pas les règles de forme requises par le système juridique qui le gouverne.

Nous pouvons également voir que le terme *common-law marriage* ne peut pas non plus renvoyer à "[t]he act establishing a marriage" puisqu'il désigne une union informelle qui, par conséquent, est souvent dépourvue d'« acte » de formation.

Reste la troisième acception, "[t]he state of being married." À la lumière des contextes que nous avons relevés, on constate que le terme *common-law marriage* fait référence à ce troisième sens du terme *marriage*; il désigne la situation des gens mariés selon la common law. C'est donc finalement le seul sens du terme *marriage* auquel on peut rattacher ce terme complexe.

On relève aussi dans l'usage, quoique moins fréquemment, l'expression *marriage at common law*.

Contexte :

The evidence does not suggest any actual mutual promising in present words or in words referring to the future when the plaintiff and Gussnell started to cohabit in 1971 or since that time. I have been referred to no decision where the mere living together of a man and a woman without present or future words was held to be a **marriage at common law**. The ring which the plaintiff received in 1971 from Gussnell was said by her to be not unlike an engagement ring, but Gussnell was not called to testify and there was nothing in the plaintiff's evidence to suggest that it was in fact an engagement ring. Accordingly I am unable to find that the relationship between the plaintiff and Gussnell did constitute a **marriage at common law**.

Even if it might be said that the circumstances relating to the plaintiff and Gussnell constituted such a marriage I am not at all convinced that a **marriage at common law** was a valid form of marriage under the English law at the time of the transmittal of that law to Canada prior to Confederation.

[*Dutch v. Dutch* [1977] O.J. No. 1694 (Ontario County Court).]

When persons who are permitted to marry live together as man and wife, it may be taken as an expression of consent; and under these circumstances, is sufficient as we have seen, to constitute a **marriage at common law**.

[*State v. Walker* 36 Kan. 297 (1887), cité dans Göran Lind, *Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation*. New York, Oxford University Press, 2008 à la p. 146.]

La locution “*at common law*” est définie comme suit dans l’ouvrage *A Dictionary of Modern Legal Usage* :

at common law, a loan translation of the Law French *al common ley*, is the legal idiom used to introduce statements of common-law doctrine. E.g. *At common law*, the death of the injured person or of the tortfeasor, at any time before the verdict, abated the action.

[Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1995, s.v. «at common law».]

Au fil de notre recherche, nous avons constaté que dans plusieurs contextes, l’expression *marriage at common law* n’est pas employée comme un syntagme. Voici quelques exemples :

A void **marriage at common law** had no legal effect. Children born of such marriages were bastards, and the supposed wife was not entitled to dower or property rights.

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Thomas Nelson, William et coll. “A Treatise on the Law of Divorce and Annulment of Marriage.” Callaghan, 1895, p. 559.]

The effect of **marriage at common law** is to vest in the husband the wife's personalty in possession; to entitle him to the rents and profits of her real estate; and to confer on him the right of reducing into possession, for his own benefit, her chattels real and choses in action.

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Broom, Herbert. Commentaries on the Common Law: Designed as introductory to its study. Philadelphia. T. & J.W. Johnson & Co., 1856, p. 417.]

Du fait de sa composition, et parce que la locution "*at common law*" est souvent employée en début de phrase ou en incise, le tour *marriage at common law* est moins syntagmatique que *common-law marriage*.

Le fait de consigner cette expression dans le lexique pourrait laisser entendre que ce tour est forcément syntagmatique alors que ce n'est pas le cas. Au surplus, en comparant les occurrences on se rend compte que l'expression ne fait référence que rarement au *common-law marriage*. Nous risquerions donc d'induire l'utilisateur en erreur.

Pour ces raisons, nous ne retiendrons pas l'expression *marriage at common law*, et nous ne considérerons pas non plus les tournures composées avec la locution "*at common law*" qui peuvent être employées pour désigner les autres notions du présent dossier.

Nous hésitons à retenir le sens dérivé du terme *common-law marriage*. Il se dégage de nos recherches que cette acception est une déformation du sens d'origine. La doctrine et la jurisprudence la condamnent tant pour son impropriété qu'à cause de la confusion qu'elle engendre.

Contexte :

There appears to be a measure of confusion regarding the use of the terms "**common law marriage**", "**common law relationship**" and "**common law union**" in British Columbia. The terms are often used interchangeably and many speak of a **common law relationship as though its status is truly akin to that of legally married persons**. This confusion is prevalent in society at large, and the case law relating to these matters is not free of imprecision.

A **common law marriage** or, more accurately, a marriage valid by common law, is an ancient element of our legal system which can be readily differentiated, in terms of formation and status, from the contemporary euphemisms of "**common law union**" or "**common law relationship**." Although the similarity of phraseology may be confusing, and somewhat unfortunate, it is necessary to draw the distinction because (as is discussed below) the correct use of the term "common law marriage" still has relevance to our law today. The difference between a **common law "relationship"** and "**marriage**" is not one of mere semantics. The latter confers upon the parties a legal status for all purposes; the former is not so far reaching. [Nous soulignons.]

[*Keddie v. Currie* [1991] B.C.J. No. 2871 (British Columbia Court of Appeal).]

Le fait de désigner une situation de cohabitation avec le terme *marriage* semble suggérer que cette situation est porteuse d'un certain statut formel. Winifred Holland soulève aussi ce problème dans un article publié en 2000 :

There is a great deal of confusion in the minds of the public, and of cohabitants themselves, about the exact nature of their obligations. In the minds of many, cohabitation is treated as the equivalent of a “**common law marriage**,” with cohabitation attracting all the rights and obligations of marriage. Since this seems to be a fairly common perception and most members of the public and cohabitants themselves are not aware of the distinction between Part III of the Family Law Act and the rights under Parts I and II until they are faced with the breakup of the relationships ... [Nous soulignons.]

[Internet. [http://www.lexisnexis.com]. LexisNexis. Quicklaw. Winifred Holland. “Intimate Relationships in the New Millenium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?” Canadian Journal of Family Law, vol. 17, 2000, p. 114. (20111027)]

Cet emploi est critiqué, et ce, il nous semble, à bon droit. Toutefois, au bénéfice des utilisateurs, nous allons tout de même consigner cette deuxième acception et ajouter une note qui signalera qu'il s'agit d'un usage impropre.

Mais qu'en est-il des termes *common-law relationship* et *common-law union*?

Dans le dossier DNT-BT FAM 122, groupe *types of cohabitation*, nous avons fait le choix de ne pas traiter les termes composés avec *relationship* puisque ce terme n'est pas technique et qu'il peut se rendre de différentes manières selon le contexte. Cependant, en ce qui concerne le syntagme *common-law relationship*, nous jugeons important de le traiter dans le cadre des présents travaux parce qu'on le trouve abondamment en droit canadien. Il en va de même pour le terme *common-law union*.

Nous avons abordé l'étude du terme *common-law relationship* dans le dossier DNT-BT FAM 116 (groupe *cohabitation*), puisque ce terme est assez intimement lié à la notion de cohabitation.

Nous avons alors constaté que le terme *common-law relationship* est surtout en usage au Canada.

Le terme *common-law relationship* semble être d'usage courant uniquement au Canada. Ce terme n'est pratiquement pas employé dans les textes américains (entre autres, ceux de la banque HeinOnline) ou des autres ressorts de common law (banque WorldLII), à moins qu'ils ne fassent référence au droit canadien. Une recherche avec l'outil Diatopix nous a permis de constater un usage nettement dominant du terme *common-law relationship* dans les pages Yahoo canadiennes.

In Canada, the number of unmarried cohabiting persons (**common-law relationships**) increased from 6 percent in 1981 to 14 percent in 1996. [Nous soulignons.]

[Göran Lind, *Common-Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation*, New York, Oxford University Press, 2008 à la p. 788.]

De plus, les termes *common-law relationship* et *common-law union* ne sont pas répertoriés dans la neuvième édition du *Black's* (2010), mais ils figurent tous deux dans [*The Dictionary of Canadian Law*], 3^e éd. de Dukelow (2004).

[Dossier DNT-BT FAM 116, groupe *cohabitation*.]

À ce propos, voici la définition que donne *The Dictionary of Canadian Law* :

COMMON-LAW RELATIONSHIP

Some sort of a stable relationship which involves not only sexual activity but a commitment between the parties. It would normally necessitate living together under the same roof with shared household duties and responsibilities as well as financial support ... such a couple would present themselves to society as a couple who were living together as man and wife.

[Daphne A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law*, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell Limited, 2004, s.v. «common-law relationship».]

Puis voici un contexte tiré de l'ouvrage *Family Law* de Simon R. Fodden :

Many people, some lawyers and judges included, refer to cohabiting couples as living “common law” or in a “**common law relationship**.” This is misleading language, principally because most of the rights that cohabiting persons have against each other flow from statute law and not from the common law. And, second, “common law marriage,” which is the principal phrase from which these others derive, originally describes a marriage valid at the common law. Because the common law has nothing whatever to do with informal relationships, and most if the rights that flow from them are the result of statutory intervention, the term “statutory spouse” will be used throughout this book to describe unmarried persons who are deemed by legislation to be spouses. Their relationships will be called “informal **unions**,” “cohabitation” or, where the means of its formation is irrelevant, simply a “family.” [Nous soulignons.]

[Simon R. Fodden, *Family Law*, Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law Inc. à la p. 53.]

Dans les lois canadiennes, outre le terme *cohabitation* et ses dérivés, on trouve l'expression *common-law relationship* pour désigner la situation des couples qui cohabitent hors mariage. Voici quelques exemples :

"**common-law relationship**" means the relationship between two adults who, not being married to each other, are cohabiting with each other in a conjugal relationship; (« union de fait »)

...

Registration of **common-law relationships**

13.1(1) If both parties to a **common-law relationship**

(a) are living in the province;

(b) are adults; and

(c) wish to register their **common-law relationship**;
they shall do so in accordance with this section.

[*Vital Statistics Act*, C.C.S.M. c. V60, art. 1, art. 13.1(1).]

1.

...

(2) In sections 17 and 27,

(a) "**common law relationship**" means a relationship between 2 people of the opposite sex who although not legally married to each other

(i) continuously cohabited in a marriage-like relationship for at least 3 years, or

(ii) if there is a child of the relationship by birth or adoption, cohabited in a marriage-like relationship of some permanence.

[*Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, c. D-14, art. 1(2).]

Nos constats nous ont amenées à nous questionner sur l'exactitude de ce syntagme et sur l'opportunité de le retenir aux fins des présents travaux.

Il s'agit là d'un syntagme non compositionnel que l'auteur Simon R. Fodden a rejeté au motif que "*the common law has nothing whatever to do with informal relationships*³." On entend par « syntagme non compositionnel » un syntagme dont on ne peut pas comprendre le sens en cumulant les sens des termes simples qui le composent.

Quoi qu'il en soit, l'usage a fait de "*common-law relationship*" une notion à part entière et son inclusion dans le lexique nous semble incontournable. De plus, ce document n'a pas pour mandat de changer l'usage des locuteurs anglophones.

Nous réserverons donc une entrée au terme *common-law relationship*.

L'expression *common-law union* est quant à elle moins usitée que *common-law relationship*, c'est du moins ce qui ressort de notre recherche dans les banques combinées de Quicklaw (jurisprudence, lois et *Halsbury's Laws of Canada*). La dernière expression nous donne plus de 3000 résultats, alors que la première nous donne 454 occurrences dans la jurisprudence et une dans *Halsbury's Laws of Canada*.

Voici la définition du terme *common-law union* que donne *The Dictionary of Canadian Law* :

COMMON LAW UNION 1. A union of two persons who live together on a daily basis over an extended period of time and who share privileges and obligations. 2. Cohabitation by a man and woman who publicly present themselves as spouses. [Nous soulignons.]

³ Voir le contexte à la page précédente.

[Daphne A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law*, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell Limited, 2004, s.v. «common law union».]

Dans l'arrêt *Walsh*, on emploie tour à tour les deux expressions pour désigner la même situation, ce qui nous laisse à penser qu'elles sont interchangeable. Voici le passage d'un ouvrage qu'on cite dans cet arrêt, où l'on peut voir les deux termes dans la même phrase :

Contexte :

Treating all **common-law relationships** like legal marriages in terms of support obligations and property division ignores the very different circumstances under which people may enter a **common-law union**. If they choose to marry, they make a positive choice to live under one type of regime. If they have chosen not to marry, is it the state's task to impose a marriage-like regime on them retroactively?

(M. Eichler, *Family Shifts: Families, Policies, and Gender Equality* (1997), at p. 96)

[*Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh* [2002] SCC 83 (en appel de la cour d'appel de la Nouvelle-Écosse).]

Voici d'autres contextes où l'on remarque encore cette interchangeabilité :

In 1995, Statistics Canada conducted a General Social Survey, which is a telephone survey of a relatively small sample of the Canadian population. Jean Dumas and Alain Belanger published the results of this survey in their "Report on the Demographic Situation in Canada 1996" in *Current Demographic Analysis* (Ottawa: Statistics Canada, 1997) (Dumas and Belanger). They report that in 1995, nearly two million persons, or 14.3% of all couples, were living in **common law relationships**. The annual rate of growth in **common law relationships** rose slightly in the period from 1991 to 1995 to almost 10% (Dumas and Belanger, supra at 129-30). More than 6 million Canadians had been or still were in a **common law union** in 1995. They represented more than one quarter (26%) of the population aged 15 and over (Dumas and Belanger, supra at 136).

[*Ross v. Taylor* [1998] ABCA 193.]

Turning now to the case before the court, I am of the opinion that the line of authority which support the public policy objection to continued support for a spouse living in a **common law union** is the proper approach and more consistent with, for example, provincial maintenance legislation which establishes a right to maintenance where a **common law relationship** exists.

[*Cann v. Huxley* [1987] N.S.J. No. 501 (Nova Scotia Family Court).]

Les mots *union* et *relationship* expriment la réalité avec des perspectives différentes. Voici une définition de chacun :

relationship ... **2 a** a connection or association (*enjoyed a good working relationship*). **b** an emotional (esp. sexual) association between two people.

[*Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd., 2004, s.v. «relationship».]

union ... **1 a** the act or an instance of uniting; the state of being united. ... **2 a** a whole resulting from the combination of parts or members ... **5** marriage, matrimony.

[*Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd., 2004, s.v. «union».]

Nous sommes d'avis que les expressions *common-law relationship* et *common-law union* expriment néanmoins la même notion. Ils sont employés de façon interchangeable et de manière un peu lâche dans l'usage, et force est de constater qu'ils font partie du registre juridique autant que du registre courant. La recherche de fines nuances entre les idées véhiculées par chacun nous semble vaine. Nous les considérons comme des synonymes.

Nous avons vu précédemment que l'acception impropre du terme *common-law marriage* sert aussi à désigner la situation du couple qui cohabite hors mariage. Nous considérons donc également le terme *common-law marriage*² comme synonyme des termes *common-law relationship* et *common-law union*.

Rappelons en terminant cette analyse la distinction à faire entre la notion de *common-law relationship* ou *common-law union* et celle de *cohabitation*³, puisque celles-ci sont assez proches l'une de l'autre et qu'elles peuvent susciter la confusion.

Les termes *common-law relationship* et *common-law union* expriment, avec des critères variables dans l'usage courant canadien, la situation de deux conjoints vivant en union conjugale hors mariage. Le terme *cohabitation*³ désigne quant à lui "*the state of being in a conjugal relationship outside marriage.*"⁴ Ces deux sens sont très proches. La notion de *cohabitation*³ contient toutefois le trait sémantique de la cohabitation physique, même si ce trait prend plus ou moins d'importance selon les contextes. Les termes *common-law relationship* et *common-law union*, parce qu'ils sont employés couramment et de manière plus lâche, n'évoquent rien de plus précis qu'une relation conjugale.

De plus, dans le dossier DNT-BT FAM 116, nous avons fait le constat que le terme *cohabitation*³ appartient à un registre plus neutre et plus technique que les deux autres et que, contrairement à ces derniers, son usage va au-delà des frontières du droit canadien.

Nous ne considérons donc pas le terme *cohabitation*³ comme synonyme des termes *common-law relationship*, *common-law union* et *common-law marriage*².

Quoi qu'il en soit, il y a certainement un rapprochement à faire en droit canadien entre ces notions. Nous indiquerons donc un renvoi analogique entre, d'une part, les entrées *common-law marriage*²; *common-law relationship*; *common-law union* et, d'autre part, *cohabitation*³.

⁴ Droit de la famille, dossier CTTJ FAM 116, groupe *cohabitation*.

ÉQUIVALENTS

*common-law marriage*¹

L'équivalent « mariage » a été normalisé dans le cadre des présents travaux pour rendre les sens du terme *marriage*⁵.

Dans l'ouvrage *La common law de A à Z*, c'est le terme « mariage de common law » qui est répertorié pour désigner la notion à l'étude :

mariage de common law (*common law marriage*) – Mariage non conforme aux règles légales célébré dans un lieu où celles-ci ne pouvaient être respectées.

[...]

2. Historiquement, union d'un homme et d'une femme célébrée avant 1753 uniquement selon les règles du droit canonique.

[Jacques Vanderlinden et coll., *La common law de A à Z*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010 s.v. «mariage de common law».]

C'est également le terme qu'emploie Donald Poirier dans son ouvrage intitulé *La famille* :

Le **mariage de common law** tire son nom du fait que ce mariage ne rencontre pas les exigences imposées par la loi mais se conforme aux exigences antérieures à la loi de 1753. Il est généralement admis que le Royaume-Uni et les provinces canadiennes et australiennes ont, à toutes fins utiles, aboli le **mariage de common law** en adoptant des lois imposant certaines formalités. Par contre, 13 États américains reconnaissent la validité d'un mariage rencontrant les exigences du mariage selon la common law.

[Donald Poirier, *La famille*, Collection La common law en poche sous la direction de Jacques Vanderlinden, vol. 10, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998 à la p. 18.]

Lors de travaux de normalisation précédents, le Comité a dû se pencher à quelques reprises sur l'emploi des segments « en common law » ou « de common law » pour lier des notions de common law à leur système d'origine (par exemple, en droit des sûretés : hypothèque en common law, hypothèque de common law, privilège en common law; en droit des contrats : cession en common law).

Le dossier de référence en cette matière aux fins des travaux de normalisation se rapporte au droit des contrats et au droit des délits; il s'agit du CTTJ-27B, groupe *assignment of contractual rights*. Voici l'extrait pertinent :

⁵ Droit de la famille, dossier CTTJ FAM 301, groupe *Termes de base*.

On comprend mal pourquoi on recommande « transport **de** common law » mais « préclusion **en** common law », pour ne reprendre que ces exemples. À notre avis, il aurait été préférable en général de rendre cette locution adjectivale par « de », et de conserver le « en » pour les cas où :

1° on veut insister sur le système (c'est-à-dire lorsqu'on aurait pu inverser la phrase et dire : « En common law, la préclusion... », ou qu'on pourrait aussi dire « selon le système de la common law »);

2° le substantif de base désigne une action ou un processus, plutôt qu'un fait, un intérêt, une obligation ou un droit;

3° on veut éviter la répétition du mot « de » (ex. « devoir **de** diligence **en** common law » pour *common law duty of care*; « droit **de** suite **en** common law » pour *common law tracing*);

4° il y a locution adverbiale (ex. « cessible en common law » pour *assignable at law*).

[Internet. [<http://www.cttj.ca>]. Centre de traduction et de terminologie juridiques. Travaux de normalisation. Droit des contrats et des délits. «CTTJ contrats 27B, *Groupe assignment of contractual rights*». (201110031)]

L'usage de la préposition « de » convient bien lorsque le vocable *common law* a une fonction adjectivale dans le syntagme. La préposition « en » pourra servir dans les cas d'exception qu'on énumère ci-dessus.

Compte tenu de ce qui précède et de l'usage que nous avons constaté, nous recommandons l'équivalent « **mariage de common law** » pour rendre le terme *common-law marriage*¹.

*common-law marriage*²
common-law relationship
common-law union

Voici les équivalents que nous avons relevés dans les textes traduits et dans les lois canadiennes pour rendre des termes composés avec *relationship* :

Le syntagme « union libre » est employé pour rendre des termes complexes formés avec le terme *relationship* comme *common-law relationship* ou *cohabiting relationship*.

Contextes :

Le recensement de 1996 indique que le nombre d'enfants dont les parents sont mariés est demeuré inchangé, alors que le nombre d'enfants dont les parents vivent en **union libre** a augmenté de 52 pour 100

*The 1996 Census indicates that the number of children living in a family of married relationships remained static, while the number of children living in a family of **common-law relationships** increased by 52 percent.*

Susan Walsh et Wayne Bona ont vécu en **union libre** pendant une période de 10 ans qui s'est terminée en 1995.

*Susan Walsh and Wayne Bona lived together in a **cohabiting relationship** for a period of 10 years, ending in 1995.*

[*Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325.]

Dans les lois canadiennes, le terme « union de fait » rend aussi des termes formés avec le mot *relationship*.

« union de fait » = *common law relationship*

[*Loi sur le changement de nom*, C.P.L.M. c. C50, *Loi sur les statistiques de l'état civil*, C.P.L.M. c. V60.]

« union de fait » = *common-law partnership*

[*Loi sur le Revenu annuel garanti en Ontario*, L.R.O. 1990, c. O.17., *Loi sur les déclarations des personnes morales*, L.R.C. 1985, c. C-43, *Loi sur la pension de retraite des députés*, L.R.N.-B. 1973, c. M-8, *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.)]

Nous nous sommes demandé si notre recherche devait porter uniquement sur les équivalents qu'on trouve communément dans les textes, à savoir « union de fait » et « union libre », ou si l'on devait également considérer un équivalent formé avec le terme « common law ».

Nous avons voulu vérifier si ce type d'expression se trouvait dans l'usage. La recherche de l'expression « union en common law » ne nous a donné aucun résultat dans la banque CanLII.

Toutefois, on trouve deux occurrences de l'expression « union de common law » dans la même banque, l'une provenant d'une décision du Tribunal administratif du Québec, et l'autre d'un jugement de la Cour fédérale. Voici les deux contextes :

Au début de la location du nouvel appartement, soit en juin 1994, il a souscrit une assurance-groupe familiale avec le nom de la requérante comme épouse, le nom de la première fille de cette dernière et la mention qu'il vit en **union de common-law** depuis le 3 octobre 1990.

[*S.-J.G. c. Québec (Emploi, Solidarité sociale et Famille)*, 2003 CanLII 65809 (QC TAQ).]

L'agent a déclaré qu'il avait examiné le rapport sur la Barbade et n'avait pas conclu qu'il appuyait la crainte subjective de la demanderesse principale d'être tuée par son mari. L'agent a conclu que la violence et la maltraitance qui s'exercent contre les femmes demeurent un problème social important à la Barbade. La législation de la Barbade interdit la violence familiale, assure la protection de tous les membres de la famille, y compris les hommes et les enfants, et s'applique à la fois au mariage et aux **unions de common law** [*"common law relationships"* est le terme employé dans la version anglaise du jugement].

[*Jessamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 20 (CanLII)]

Étant donné que le lien avec la common law n'est pas évident puisque, comme le dit Simon R. Fodden, ces unions n'ont pas tant à voir avec la common law qu'avec le droit d'origine législative, nous avons considéré qu'il serait inopportun de rendre explicitement l'élément « common law ».

Par ailleurs, on mentionne le vocable « union de common law » comme étant à proscrire dans le *Juridictionnaire* :

La définition généralement admise en doctrine et en jurisprudence du concubinage ou de l'union libre est l'état de fait pour un homme et une femme de vivre ensemble sans être mariés. On appelle diversement cette union : **ménage de fait**, **mariage libre**, **union libre** (terme positif), **union de fait** (terme neutre), **concubinat**. *De fait* s'oppose à légalement reconnu, ayant été célébré suivant les formalités légales. Il y a lieu d'ajouter que l'expression [**union de common law**] est à proscrire.

[Internet. [<http://btb.termiumplus.gc.ca>]. Termium Plus. Outils d'aide à la rédaction. *Juridictionnaire, s.v. «concubin / concubine / concubinage / concubinat»*. (20111101)]

Aussi, les équivalents « union de fait » et « union libre » sont ceux que nous considérons pour rendre les termes à l'étude.

Le terme *union de fait* est défini comme suit dans l'ouvrage *La common law de A à Z* :

union de fait (*de facto marriage, de facto relationship, meretricious relationship*) – (*Fam.*) Fait pour un homme et une femme de vivre comme s'ils étaient mariés sans être unis par un mariage² ou un partenariat civil.

[Jacques Vanderlinden et coll., *La common law de A à Z*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, s.v. «union de fait».]

Le terme « union de fait » s'oppose aussi, conceptuellement, au terme « union légitime » ou « union de droit ». Il évoque encore plus directement l'opposition entre *de facto* et *de jure*.

UNION DE FAIT

État de deux personnes faisant vie commune hors mariage.

[Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Yvon Blais, 1999 s.v «union de fait».]

Ainsi, l'union de fait est une situation de fait à laquelle la loi attachera ou non des effets juridiques.

L'union de droit est celle qui, au-delà de la reconnaissance de certains droits et avantages, donne un statut juridique aux partenaires. Par exemple, l'union civile au Québec et le pacte civil de solidarité en France sont considérés, avec le mariage, comme étant des « unions de droit ».

Contextes :

(1) [L]e législateur, dans l'objectif de l'égalité des types d'**union de droit**, a étendu les effets du mariage à l'union civile (art. 521.6 C.c.Q.). Tous deux, donc, comportent ce caractère associationniste tel que l'illustre le régime légal de la société d'acquêts, les règles de la protection de la résidence familiale ou encore celles de la prestation compensatoire.

[...]

Si le législateur favorise un modèle particulier d'**union de droit**, celui de l'union-association, c'est dans le but de compenser pour les inégalités économiques que le mode de vie du couple, que l'interdépendance économique, a pu causer. Or, bien des **unions de fait** fonctionnent sur un modèle semblable à celui du **mariage** ou de l'**union civile**. Malgré cela, certains sont d'avis, nous l'avons vu, que la non réglementation de l'**union de fait** est nécessaire afin de protéger le dernier bastion de la liberté et de la différence.

[Internet. [<http://www.lexisnexis.com>]. LexisNexis. Benoît Moore, «Quelle famille pour le XXI^e siècle?: Perspectives québécoises», (2003) 20 Rev. Can. D. Fam. 57 aux par. 36- 39 (QL).]

(2) Il paraîtrait convenable de traiter en premier lieu du mariage, cette **union de droit** sur laquelle repose la famille; c'est probablement l'acte où l'on sent le plus le poids de l'ordre public, clairement de direction : stabilité, durée. On pourrait ajouter : hors le mariage, point de salut. Le concubinage n'est qu'une situation de fait, longtemps condamnée socialement.

Or aujourd'hui, dans de nombreux pays, le nombre de mariages est en baisse constante, tandis qu'augmente sans cesse le nombre des **unions de fait** que certains voudraient voir accéder à un statut juridique. [Nous soulignons.]

[Internet. [<http://heinonline.org>]. HeinOnline. Jean Pineau, «L'ordre public dans les relations de famille», (1999) 40 C. de D. 323 à la p. 327.]

(3) [D]epuis la loi du 15 novembre 1999, le Code civil comporte un Titre intitulé « *Du pacte civil de solidarité et du concubinage* ». Doit-on en conclure qu'en deux siècles le concubinage est passé du fait au droit? Il convient de distinguer, comme le fait d'ailleurs la loi, entre le concubinage « *sauvage* », non réglementé, qui reste une **union de fait**, et le « *pacte civil de solidarité* », dont la nature hybride, qui hésite entre un contrat classique et un sous-mariage, devra être précisée. Nous l'envisagerons en tant qu'**union de droit**.

[Internet. [<http://books.google.ca>]. Muriel Parquet, *Droit de la famille*, Paris, Éditions Bréal, 2007 à la p. 75. (20100812)]

Le terme « union libre » est défini comme suit dans le *Trésor de la langue française informatisé* :

Union libre. Fait pour un couple de vivre maritalement sans contracter de mariage civil ni religieux. Synon. *concubinage*.

[Internet. [<http://atilf.atilf.fr>]. *Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. «union libre».]

Le mot « libre » dans le syntagme « union libre » est entendu au sens de « non institutionnel, sans engagement officiel⁶ ».

Ainsi, en droit civil, cette union est « libre » puisqu'on y entre aussi « librement » qu'on en sort.

Contexte :

Si on l'appelle « **union libre** », c'est qu'elle se réalise par le seul consentement des parties. Celles-ci n'ont pas à se préoccuper des conditions relatives à la capacité de contracter mariage, ni de la publication des bans, ni des formalités de célébration et d'inscription dans les registres de l'état civil.

Si la séparation de fait qui met fin à une union libre ne soulève aucune difficulté sérieuse, il n'est pas ainsi de la séparation de fait qui s'attaque à une union légitime. Toute la différence vient de ce que le mariage est une institution réglementée par le législateur. N'y entre pas qui veut de la manière qu'il veut. La loi en réglemente l'entrée et la sortie; la seule liberté qu'on a est de ne pas y entrer. [Nous soulignons.]

[Internet. [<http://heinonline.org>]. HeinOnline. Albert Mayrand, «La séparation de fait et ses effets principaux» (1977) 8 R.G.D. 7 aux pp. 9-10.]

Ce terme est opposé, notamment dans le *Vocabulaire juridique*, à l'« union légitime » qu'est le mariage.

Union

1 Action de s'unir, acte par lequel deux ou plusieurs personnes [...] décident d'unir leur sort ou leurs intérêts. Ex. union conjugale.
[...]

2 État – de droit ou de fait – de ceux qui se sont unis. Ex. union légitime.

— **libre.** Désigne principalement, par opp. à l'union légitime (mariage), une union de fait entre un homme et une femme qui vivent ensemble sans être mariés (ni ensemble, ni avec des tiers), mais qui pourraient s'unir par mariage [...], union libre sous tous les rapports qui correspond à un concubinage non adultérin avec communauté de vie; peut aussi désigner une union adultérine ou incestueuse, ou une union homosexuelle; l'expression ne convient aux *pacs, dont la formation est assujettie à des formalités et à des restrictions que sous le rapport de sa dissolution (laquelle peut librement résulter de la volonté unilatérale de chacun des partenaires.) [...] [Nous soulignons.]

⁶ Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2004, s.v. «libre».

[Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2004, s.v. «union».]

Le terme « union libre » exprime donc le concept de l'union dépourvue de formalité, pour sa formation ou pour sa dissolution. Cette absence de formalité confère à l'union libre le statut d'union précaire puisqu'elle est dépourvue de cadre juridique.

[...]

On a encore ici affaire à un terme passé dans l'usage courant. La principale réserve que nous entretenons à l'égard de cet équivalent est que son adoption risque de diluer le sens de la notion que l'on cherche à exprimer. Nous écartons donc cet équivalent.

[Droit de la famille, DNT-BT FAM 116, Groupe *cohabitation*.]

Dans l'usage courant et particulièrement dans le contexte conjugal, l'adjectif « libre » peut recevoir une interprétation plus vaste, et il ne se dit pas uniquement de ce qui est « dépourvu de formalités » sur le plan juridique. En effet, le syntagme « union libre » n'est pas sans évoquer l'« amour libre ». Voici d'ailleurs ce qu'on peut lire dans le *Grand Robert* :

Amour libre, hors de l'institution sociale du mariage. *Militer pour l'amour libre*.

→ **Union*** (libre)

[*Le Grand Robert de la langue française*, Paris, Le Robert 2005, s.v. «amour».]

Entre « union de fait » et « union libre », lequel des termes correspond le mieux à la notion de *common-law relationship* ou *common-law union*? À ce stade-ci de notre analyse, il nous semble que ce soit « union de fait ».

En ce qui concerne l'usage, dans la collection « législation » de CanLII on constate 138 résultats pour le terme « union de fait », contre 2 pour « union libre ». Dans la jurisprudence de cette même banque, on trouve 2129 résultats pour « union de fait » contre 230 pour « union libre ». On peut donc dire que le syntagme « union de fait » est nettement plus employé qu'« union libre ».

Du reste, on constate que ce terme est passé dans l'usage en common law d'expression française.

Contextes :

Le mariage informel est celui qui ne se conforme pas à la loi relative au mariage. Il se distingue de l'**union de fait** ou de la simple cohabitation en ce qu'il est considéré comme un mariage valide.

[Donald Poirier, *La famille*, Collection La common law en poche sous la direction de Jacques Vanderlinden, vol. 10, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998 à la p. 17.]

En français juridique moderne, au Canada, l'expression **union de fait** désigne la situation de deux personnes qui, sans être mariées, font vie commune, c'est-à-dire qui « entretiennent entre elles des liens affectifs et intellectuels ainsi que des rapports intimes et qui, dans la plupart des cas, cohabitent ». (Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues). En anglais juridique canadien, à l'extérieur du Québec, il s'agit de ce qu'on appelle généralement *common law marriage* ou *common law relationship*.

[Internet. [<http://ijd.cusb.ca>]. Institut Joseph-Dubuc. Juricourriels. «union de fait». (20111101)]

On a soutenu, quoique je n'ai pas de statistiques exactes sur la question, que de nos jours plus de couples vivent ensemble sans se marier que ce n'était la norme auparavant. On a dit également que cette façon de vivre est maintenant mieux acceptée socialement qu'elle ne l'était jadis. Si l'une ou l'autre de ces affirmations est vraie, il est moins certain qu'une **union de fait** se terminera par un remariage.

[*Boulay c. Rousselle et Breau* [1984] A.N.-B. no 36 (Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick).]

Il s'agit de déterminer dans cet appel si l'**union de fait** de M. Godin et Mlle Mallet a établi une fiducie par interprétation de façon à permettre à celle-ci de recevoir sa part de l'enrichissement.

[*Mallet c. Godin* [1990] N.B.J. No. 555 (Cour d'appel du Nouveau-Brunswick).]

Le comité penche aussi en faveur de l'équivalent « union de fait ». D'autres arguments finissent de disqualifier « union libre », notamment le fait que ce dernier possède la connotation péjorative d'une autre époque, lorsque dominait le mariage religieux.

Nous proposons donc de retenir l'équivalent « **union de fait** » pour rendre les termes *common-law relationship*, *common-law union* et *common law marriage*².

ANALYSE NOTIONNELLE

common-law spouse

Le terme *spouse* a été étudié dans le dossier CTTJ FAM 301. Deux sens ont été retenus pour ce terme. La première acception désigne une personne mariée, et la deuxième, une personne vivant maritalement avec une autre personne, qu'elle soit mariée ou non.

Dans *The Dictionary of Canadian Law* de Dukelow, le terme *common-law spouse* est défini comme suit :

COMMON LAW SPOUSE *var.* **COMMON-LAW SPOUSE**. Includes any man or woman who although not legally married to a person lives and cohabits with that person as the spouse of that person and is known as such in the community in which they have lived.

[Daphne A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law*, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2004, s.v. «common law spouse».]

Dans l'usage juridique canadien, on trouve plus couramment le terme *common-law spouse* employé pour désigner le conjoint d'un couple non marié que celui d'un couple marié « en common law »; cela n'est guère surprenant vu l'existence surtout théorique de cette dernière institution dans notre système juridique.

Nous retiendrons donc un seul sens pour le terme *common-law spouse*, soit le conjoint d'un couple non marié.

ÉQUIVALENTS

Les équivalents « époux », « épouse » et « conjoint », « conjointe » ont été normalisés pour rendre, respectivement, les sens « 1 » et « 2 » du terme *spouse*⁷.

Le terme *common-law spouse* renvoie à la notion de « conjoint » (*spouse*²) que l'on a définie comme la « personne vivant maritalement avec une autre personne, qu'elle soit mariée ou non »⁸.

Dans le cas qui nous occupe, l'adjectif *common-law* vient modifier le terme *spouse* de façon à préciser qu'on se trouve hors mariage.

Le terme *common-law spouse* fait partie du réseau notionnel des termes *common-law relationship*, *common-law union* et *common-law marriage*² que nous avons étudiés ci-avant.

Puisque nous avons proposé l'équivalent « union de fait » pour rendre ces deux derniers termes, notre recherche nous a dirigées vers l'équivalent « conjoint de fait » et le féminin « conjointe de fait ».

Ce terme est admis dans l'usage en common law d'expression française. Voici ce que nous avons relevé à ce sujet :

⁷ Droit de la famille, dossier CTTJ FAM 301.

⁸ *Ibid.*

Pour ce qui est de la personne vivant en union de fait, le terme **concubin** ou **concubine**, vieilli et quelque peu péjoratif, a été supplanté dans la langue contemporaine par **conjoint de fait** ou **conjointe de fait**, ou bien **époux de fait** ou **épouse de fait**. Signalons que les expressions telles que *relation de common law* ou *époux de droit commun* sont des calques de l'anglais *common law relationship* ou *common law spouse* et sont, bien entendu, à proscrire.

[Internet. [<http://ijd.cusb.ca>]. Institut Joseph-Dubuc. Juricourriel numéro 13, 5 janvier 2001. «La personne mariée ou la personne vivant en union de fait».]

Nous écartons les termes « époux de fait » et « épouse de fait », d'abord parce qu'ils ne sont pas en phase avec l'équivalent normalisé pour rendre le terme *spouse*², et ensuite parce que nous sommes d'avis qu'il est préférable de limiter l'usage des termes « époux » et « épouse » au contexte du mariage formel ou informel.

Voici d'autres contextes relevés pour le terme « conjoint de fait » :

Les **conjoins de fait**

Sont appelés **conjoins de fait** les deux personnes de sexe opposé qui vivent ensemble comme mari et femme sans être légalement mariés. On dit qu'elles vivent en union libre (on dit aussi, pour désigner cette situation, union de fait, union consensuelle, cohabitation et concubinage).

[Internet. [<http://www.ajefnb.nb.ca>]. Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick. «Guide juridique», p. 63. (20111103)]

Certains couples choisissent de vivre ensemble sans être mariés. On appelle ce type de relations des « unions de fait » [...] La loi ne considère pas un couple en union de fait vivant sous le même toit comme un couple marié. Les **conjoins de fait** ont toutefois droit à certains bénéfices et programmes. Par exemple, si un **conjoint de fait** décède, l'autre pourra recevoir des prestations du régime de retraite.

[Internet. [<http://www.ajefs.ca>]. Association des juristes d'expression française de la Saskatchewan. Capsules juridiques. «Famille : Les unions de fait». (20111103)]

Dans les arrêts de la Cour suprême, ce terme sert déjà d'équivalent au terme *common-law spouse*.

Exemple :

J'aborde maintenant l'historique de la partie III de la *LDF*. En présentant la *FLRA* en 1976, le procureur général de l'époque, l'honorable Roy McMurtry, a expliqué l'«obligation limitée» du **conjoint de fait** de fournir des aliments à l'autre.

(I turn, then, to the legislative history of Part III of the FLA. In introducing the FLRA in 1976, the then Attorney General, the Hon. Roy McMurtry, explained the “limited obligation” of one common law spouse to support the other.)

[*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 (en appel de la Cour d'appel de l'Ontario)]

On remarque aussi l'équivalence entre les termes *common-law spouse* et « conjoint de fait » dans les mots-clés employés par la Cour suprême :

Exemple :

Droit de la famille — Conjoints de fait — Biens — Enrichissement injustifié — Réparation pécuniaire —

Family law — Common law spouses — Property — Unjust enrichment — Monetary remedy — ...

[*Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10 (en appel des cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario).]

Les équivalents « **conjoint de fait** » et « **conjointe de fait** » rendent bien, selon nous, la notion de *common-law spouse*. De plus, ces équivalents s'accordent avec ceux retenus dans le dossier CTTJ FAM 301 pour rendre le terme *spouse*². Ce sont donc ceux que nous proposons.

ANALYSE NOTIONNELLE

marriage by habit and repute

marriage by cohabitation with habit and repute

Le *marriage by habit and repute* est d'abord un concept de droit écossais :

marriage by habit and repute. *Scots Law.* An irregular marriage created by cohabitation that implies a mutual agreement to be married. This type of marriage is still recognized in Scotland.

[Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 9^e éd., St.Paul (Minn.) Thomson Reuters 2009, s.v. «marriage».]

The Scottish law ... had room for a third form of irregular marriage that was not repealed through the 1939 legislation, namely, "**marriage by cohabitation with habit and repute**," valid in Scotland until 2006.

[Göran Lind, *Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation*. New York, Oxford University Press, 2008 à la p. 740.]

Nous avons relevé le syntagme *marriage by habit and repute* dans 8 jugements de la banque de jurisprudence canadienne de Quicklaw (datant pour la plupart de la première moitié du siècle dernier), mais dans des contextes faisant référence au droit écossais.

Par conséquent, nous ne retiendrons pas ces termes, car ils ne font pas partie du droit canadien.

TABLEAU RÉCAPITULATIF

<p>common-law marriage¹</p> <p>NOTE An informal marriage that does not meet the statutory requirements for a valid marriage but that may be, nevertheless, recognized as valid in special circumstances.</p> <p>See marriage³</p>	<p>mariage de common law (n.m.)</p> <p>NOTA S’agissant d’un mariage informel qui ne respecte pas les conditions législatives de validité du mariage, mais qui peut néanmoins être reconnu comme un mariage valide dans certaines circonstances.</p> <p>Voir mariage³</p>
<p>common-law marriage²; common-law relationship; common-law union</p> <p>NOTE The term “common-law marriage” used in this sense is criticized as improper, for a <i>common-law relationship</i> or <i>common-law union</i> is not a “marriage” although some statutes may give it similar effects.</p> <p>See also cohabitation³</p>	<p>union de fait (n.f.)</p> <p>Voir aussi cohabitation³</p> <p>DIST mariage de common law</p>
<p>common-law spouse</p> <p>NOTE A spouse living in a common-law relationship.</p> <p>See common-law marriage²; common-law relationship; common-law union</p> <p>See spouse²</p>	<p>conjoint de fait (n.m.), conjointe de fait (n.f.)</p> <p>Voir conjoint, conjointe</p>