Document generated on 07/13/2025 6:51 p.m.

Les Cahiers de droit

La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du *Code civil du Québec* dans la famille

Christine Morin

Volume 49, Number 4, décembre 2008

URI: https://id.erudit.org/iderudit/037456ar
DOI: https://doi.org/10.7202/037456ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Morin, C. (2008). La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du *Code civil du Québec* dans la famille. *Les Cahiers de droit*, *49*(4), 527–549. https://doi.org/10.7202/037456ar

Article abstract

The *Civil Code of Québec* states that "any kind of stipulation may be made in a marriage contract, subject to the imperative provisions of law and public order" (art. 431 C.c.Q.). Since 1989 however, the Civil Code has imposed sharing the value of the assets composing the "family patrimony" amongst married spouses (and since 2002, amongst civil union spouses), and has done so to the detriment of spouses' freedom to contract amongst themselves. Was this a positive legislative initiative ?

The answer depends upon various factors, including social representations of the functions of a Civil Code. All social actors do not share the same conception of the Civil Code's role within the family. For some, the Code must first be in the service of the common good, while for others, it must constitute a safeguard against problematic situations. Pursuant to its first representation, the Code must abide by the spouses' autonomy in allowing them freely to determine by contract various aspects of their patrimonial relationship. Yet according to the second, the Code must uphold the economic equality of married or civilly united spouses by barring the contractualisation of some aspects of their relationship.

To further understand the claims made by either of these two positions, the author compares their divergent expressions of the role played by the Civil Code with regard to conjugal relationships, of equality amongst spouses and of the definition of marriage.

Tous droits réservés © Université Laval, 2008

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du *Code civil du Québec* dans la famille*

Christine MORIN**

Le Code civil du Québec *prévoit qu'il est « permis de faire, par contrat de mariage, toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public » (art. 431 C.c.Q.). Cependant, le Code civil impose depuis 1989 le partage de la valeur du « patrimoine familial » aux conjoints mariés (et depuis 2002 aux conjoints unis civilement), et ce, au détriment de leur liberté contractuelle. Convient-il de s'en réjouir ?*

La réponse à cette interrogation dépend de différents facteurs, dont celui des représentations sociales des fonctions du Code civil. En effet, tous les acteurs sociaux n'ont pas la même représentation du rôle du Code civil dans la famille. Pour certains, il doit d'abord être au service du bien général, alors que pour d'autres il doit prévenir les situations problématiques. Suivant la première représentation, le Code civil doit respecter la liberté et la volonté des conjoints en permettant la contractualisation de leurs rapports patrimoniaux. Suivant la seconde, il doit plutôt veiller à l'égalité économique des conjoints mariés ou unis civilement en empêchant la contractualisation de certains aspects de leur relation.

Afin de mieux comprendre les prétentions des tenants de l'une et l'autre de ces positions, l'auteure compare leurs représentations divergentes du rôle du Code civil dans les relations conjugales, du principe de l'égalité des conjoints et de la définition du mariage.

---

* Texte de la conférence prononcée lors du colloque « La contractualisation et la rupture conjugale », organisé par la Chaire d'étude Claire-Bonenfant sur la condition des femmes, le 18 avril 2008, à l'Université Laval, à Québec.

** Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

***Les Cahiers de Droit*, vol. 49, nº 4, décembre 2008, p. 527-549**

The Civil Code of Québec *states that "any kind of stipulation may be made in a marriage contract, subject to the imperative provisions of law and public order" (art. 431 C.c.Q.). Since 1989 however, the Civil Code has imposed sharing the value of the assets composing the "family patrimony" amongst married spouses (and since 2002, amongst civil union spouses), and has done so to the detriment of spouses' freedom to contract amongst themselves. Was this a positive legislative initiative ?*

The answer depends upon various factors, including social representations of the functions of a Civil Code. All social actors do not share the same conception of the Civil Code's role within the family. For some, the Code must first be in the service of the common good, while for others, it must constitute a safeguard against problematic situations. Pursuant to its first representation, the Code must abide by the spouses' autonomy in allowing them freely to determine by contract various aspects of their patrimonial relationship. Yet according to the second, the Code must uphold the economic equality of married or civilly united spouses by barring the contractualisation of some aspects of their relationship.

To further understand the claims made by either of these two positions, the author compares their divergent expressions of the role played by the Civil Code with regard to conjugal relationships, of equality amongst spouses and of the definition of marriage.

Pages

1 Le rôle du *Code civil du Québec* dans les relations conjugales 531
1.1 Le rôle formel du *Code civil du Québec* 532
1.2 Le rôle matériel du *Code civil du Québec* 536
2 L'égalité des conjoints 539
2.1 L'égalité formelle 539
2.2 L'égalité réelle 540
3 La définition du mariage 542
3.1 Le mariage semi-contractuel 542
3.2 Le mariage-institution 544
Conclusion 547

La relation des conjoints mariés ou unis civilement est soumise à plusieurs dispositions législatives qui sont prévues au livre « De la famille » dans le *Code civil du Québec*, contrairement à la relation des conjoints de fait[1]. Certaines de ces dispositions ont surtout trait aux aspects *extra-patrimoniaux* ou *personnels* de la relation des conjoints. C'est le cas des droits et des devoirs en matière de respect mutuel, de fidélité, de secours, d'assistance et d'obligation de faire vie commune, qui sont tous d'ordre public[2]. La loi intervient donc dans la relation des conjoints mariés ou unis civilement en empêchant la contractualisation de leurs rapports extrapatrimoniaux, ce qui n'est généralement pas contesté. En revanche, lorsqu'il est question des aspects *patrimoniaux* de la relation des mêmes conjoints (protection de la résidence familiale, prestation compensatoire, obligation alimentaire et patrimoine familial, qui sont aussi d'ordre public[3]), les opinions sont plus partagées au sujet de l'opportunité de la contractualisation, particulièrement en ce qui a trait au patrimoine familial.

Rappelons d'abord que les règles en matière de patrimoine familial sont imposées à tous les conjoints mariés ou unis civilement[4]. En vertu de ces règles, les conjoints doivent partager la valeur de certains biens qui ont été acquis pendant l'union et dont l'un des conjoints est le propriétaire, au moment où la relation prend fin. Les biens dont la valeur doit être partagée sont énumérés dans le Code civil. Il s'agit des résidences de la famille ou des droits qui en confèrent l'usage, des meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, des véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et des droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite[5]. Entrent également dans ce patrimoine les gains inscrits durant le mariage en application de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*[6] ou de programmes équivalents.

---

1. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 365-521.19. Pour une étude comparative de la situation factuelle des couples mariés et de fait, voir Hélène Belleau, *L'union de fait et le mariage au Québec : analyse des différences et des similitudes*, coll. « Inédits », Montréal, INRS-Urbanisation, culture et société, 2007.
2. Art. 391-400 et 521.6 C.c.Q. Certaines de ces dispositions ont cependant aussi des incidences patrimoniales, notamment la contribution aux charges du mariage.
3. Art. 391, 401-430 et 521.6 C.c.Q.
4. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55. Les conjoints mariés avant le 1er juillet 1989 avaient jusqu'au 31 décembre 1990 pour renoncer à l'application du patrimoine familial. Depuis, les conjoints ne peuvent renoncer au patrimoine familial, sauf au moment d'un décès ou d'un jugement de divorce, de séparation de corps ou de nullité du mariage ou de l'union civile (art. 423 C.c.Q.).
5. Art. 416 et 521.6 C.c.Q.
6. *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9.

Nul doute que les conjoints avaient davantage de liberté dans l'aménagement de leurs rapports patrimoniaux avant l'adoption du patrimoine familial en 1989, puisque le législateur ne leur imposait aucun partage[7]. Bien que, officiellement, la loi permette toujours aux conjoints mariés ou unis civilement de faire toutes stipulations par contrat[8], ce n'est que sous réserve des règles d'ordre public, notamment celles qui existent en matière de patrimoine familial. Autrement dit, le législateur a jugé que le contrat n'était pas un outil adapté pour aménager l'ensemble des rapports patrimoniaux entre les conjoints mariés ou unis civilement[9].

Le législateur a-t-il eu raison ? Fallait-il « forcer » une certaine solidarité entre les conjoints ou aurait-il été préférable de les laisser libres de faire les conventions de leur choix, comme c'est le cas pour les conjoints de fait[10] ?

Évidemment, la réponse à cette question dépend de plusieurs facteurs. Cependant, l'étude des propos tenus lors de l'adoption du patrimoine familial, notamment dans les mémoires déposés à l'Assemblée nationale et dans les transcriptions des travaux parlementaires et des débats à l'Assemblée nationale[11], permet de constater que l'un des éléments majeurs des discus-

7. Les conjoints qui choisissaient le régime matrimonial de la séparation de biens n'étaient soumis à aucun partage de leurs biens ou de la valeur de leurs biens à la fin de l'union.
8. Art. 431 et 521.8 C.c.Q.
9. Sur l'interprétation des contrats de mariage et des conventions de séparation par les tribunaux, voir notamment *Hartshorne* c. *Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550 (interprétation du contrat de mariage en common law, plus précisément en vertu des lois applicables en Colombie-Britannique), et *Miglin* c. *Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303 (interprétation d'une renonciation à une pension alimentaire faite dans une entente de séparation, en Ontario).
10. Les conjoints de fait ont la faculté d'aménager leurs rapports patrimoniaux à leur guise puisque le Code civil ne les soumet à aucune obligation. La Cour d'appel a reconnu que les conjoints de fait peuvent s'inspirer des règles prévues en matière de mariage et d'union civile pour prévoir le partage d'un patrimoine familial conventionnel. Voir *Couture* c. *Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.). Certains considèrent néanmoins que le Code civil devrait être modifié relativement aux rapports patrimoniaux des conjoints de fait. Voir notamment Jocelyne JARRY, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.
11. Mentionnons que 26 mémoires et 2 lettres ont été déposés à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale à la suite de la publication du document de consultation : QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les droits économiques des conjoints : document présenté à la consultation* par Herbert MARX et Monique GAGNON-TREMBLAY, Sainte-Foy, gouvernement du Québec, ministère de la Justice, 1988. Ils peuvent être consultés à la Bibliothèque de l'Assemblée nationale du Québec. Pour une étude des projets de loi qui ont précédé et de ceux qui ont suivi la publication de ce document de consultation, voir Christine MORIN, « Les origines du caractère familial de l'ordre public successoral québécois », (2008) 42 *R.J.T.* 417.

sions a été celui des fonctions reconnues ou non au droit — ou, plus précisément ici, au Code civil — en matière d'argent dans la famille[12].

L'une des questions importantes qui s'est alors posée était la suivante : dans les matières familiales, le Code civil doit-il être *au service du bien général* en permettant la contractualisation des rapports patrimoniaux des conjoints ou doit-il *prévenir les situations problématiques* en empêchant la contractualisation de certains aspects de la relation ?

Pour mieux comprendre ces deux représentations des fonctions du Code civil dans la famille qui se sont opposées lors des débats sur l'adoption du patrimoine familial[13] — et qui s'opposent toujours aujourd'hui —, nous les comparerons sur trois sujets : le rôle du Code civil dans les relations conjugales, le principe de l'égalité des conjoints et la définition du mariage[14].

Notre étude des représentations sociales des fonctions du Code civil nous permettra d'alimenter la réflexion sur la production et sur l'engendrement de nouvelles normes relatives à la famille, mais aussi de soumettre des hypothèses pour l'avenir.

1 Le rôle du *Code civil du Québec* dans les relations conjugales

L'étude des échanges qui ont eu lieu avant 1989 sur l'à-propos d'adopter un patrimoine familial obligatoire permet d'observer que deux représentations distinctes du rôle du Code civil dans les relations conjugales ressortent des discussions. Alors que certains acteurs soutiennent que celui-ci a un rôle formel qui consiste à *décrire la famille*, d'autres lui confèrent un rôle matériel dans la *prévention des situations problématiques*[15]. Ces représentations divergentes du rôle du Code civil dans la

12. Sur les fonctions du droit, voir André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 266-268, *s.v.* « Fonctions du droit » par Vincenzo Ferrari.
13. Sur le concept des « représentations sociales », voir Denise Jodelet, « Représentation sociale : phénomènes, concept et théorie », dans Serge Moscovici (dir.), *Psychologie sociale*, 4e éd., Paris, PUF, 1992, p. 357, à la page 361.
14. Nous ne souhaitons pas « défendre » l'une ou l'autre de ces positions en soumettant notre opinion sur le sujet. Nous entendons plutôt comparer les interprétations des différents acteurs sociaux et leurs perspectives d'analyse. Ainsi, nous pourrons déceler certaines représentations sous-jacentes aux positions officielles. Ces représentations sont généralement occultées par les acteurs, bien qu'elles conditionnent leur position.
15. Nous employons les adjectifs « formel » et « matériel » selon le sens commun de ces termes qui, selon nous, décrit bien les deux représentations du rôle du Code civil qui s'opposent lorsqu'il est question de l'argent dans la famille. Sur le rôle de la législation

famille sous-tendent toujours bon nombre d'opinions contemporaines sur la contractualisation du mariage.

1.1 Le rôle formel du *Code civil du Québec*

Suivant les tenants de la première représentation, le Code civil est un ordre formel qui pose les paramètres de l'ordre. Son rôle est de structurer formellement la famille et la société, en vue du bien général. Par conséquent, il doit être pensé en fonction de la majorité, mais il doit laisser les personnes libres de se soustraire aux modèles qu'il propose[16].

Dans le contexte des débats au sujet du patrimoine familial, des acteurs soutiennent que le Code civil doit être en harmonie avec les valeurs de la société « qui reconnaît à tout individu la possibilité de gérer ses affaires et de se prendre en charge de façon autonome et responsable[17] ». C'est ce qui justifierait que la liberté des conjoints relativement à leurs rapports patrimoniaux soit préservée.

La liberté contractuelle des époux est jugée capitale pour préserver l'institution du mariage, et ce, tant dans la doctrine[18] que dans les débats à l'Assemblée nationale[19]. Des auteurs désirent préserver la liberté des époux en ce qui a trait à l'aménagement de leurs rapports patrimoniaux,

---

familiale en France, voir Christian ATIAS, « Les réformes de la législation familiale », *La Revue réformée*, vol. 5, nº 220, 2002, p. 71-78. Celui-ci retient quatre rôles principaux de la loi : décrire ; prescrire et proscrire ; inciter ; construire.

16. Sur le rôle ou la fonction d'un code civil, le professeur Glenn mentionne que celui-ci est de « caractère généralement facultatif et supplétif ». Dans le même sens, le professeur Brierley explique qu'un code est « an instrument for maximizing the scope of self-regulation ». H. Patrick GLENN, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *C. de D.* 339, 351. John E.C. BRIERLEY, « Quebec's "Common Laws" (*Droits communs*) : How Many Are There ? », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 109, à la page 126.
17. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur « Les droits économiques des conjoints »*, Montréal, La Chambre, 6 septembre 1988, p. 10.
18. Danielle BURMAN, « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice – un juste sujet de s'alarmer », (1988) 22 *R.J.T.* 149, 154 et 179. Cette préoccupation de sauvegarder le mariage constitue une illustration de la valeur première que les auteurs accordent à l'institution du mariage.
19. Le document gouvernemental mentionne que l'adoption de la société d'acquêts à titre de régime matrimonial unique et impératif pourrait entraîner une diminution des mariages au profit de l'union de fait. QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 11, p. 16. Voir aussi : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, préc., note 17, p. 9 et 23 ; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints : document adopté par les membres du Conseil lors de l'assemblée*

notamment parce qu'ils valorisent l'institution du mariage et qu'ils espèrent que le mariage convienne au plus grand nombre[20]. Ils considèrent qu'il est essentiel de faire confiance aux époux dans le choix d'un régime matrimonial[21]. La liberté des époux quant à ce choix est qualifiée de « principe fondamental qui n'a jamais été remis en question[22] », de principe « fort bien enraciné dans notre droit[23] ».

D'autres auteurs expliquent que la loi doit correspondre aux valeurs et aux désirs de la population[24]. Ils ajoutent que les normes doivent être concordantes avec les conceptions profondes de la société[25] ; autrement, elles pourraient être rejetées[26]. Certains suggèrent même que des études approfondies soient réalisées lorsqu'il s'agit de légiférer dans les matières qui touchent la famille afin de mieux connaître les valeurs dominantes de la société québécoise[27].

La correspondance de la loi avec les attentes de la population est jugée encore plus importante lorsqu'il est question du Code civil, où les normes doivent convenir à la majorité[28]. Ainsi, la doctrine s'interroge sur ce que la

---

des 30 et 31 août 1988 par Thérèse Mailloux, Jocelyne Olivier et Francine Lepage, Québec, Le Conseil, 1988, p. 2 et 9 ; Paul Laquerre, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, Québec, Université Laval, Faculté de droit, août 1988, p. 6 et 26.

20. Jean Pineau, *La famille : droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, PUM, 1982, nº 14, p. 7.
21. D. Burman, préc., note 18, 154.
22. *Id.*, 153 et 154.
23. Ernest Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1985, nº 74, p. 62 ; Ernest Caparros, « La prestation compensatoire dans le droit civil nouveau », (1983) 14 *R.G.D.* 137, 142 (n° 8).
24. Roger Comtois, « La liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire », (1986) 88 *R. du N.* 500, 502.
25. Jacques Beaulne, « Des testaments », (1988) 2 *C.P. du N.* 97, 200 (n° 575) ; D. Burman, préc., note 18, 154 ; E. Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, préc., note 23, nº 6, p. 3 ; Mireille D.-Castelli, « Le droit successoral et la création de mécanismes de protection de la famille. Éléments de réflexion : fondements et conséquences », (1984) 86 *R. du N.* 340, 365, 374 et 375 ; Mireille D.-Castelli, *Précis du droit de la famille*, 2e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1990, p. 10 ; R. Comtois, préc., note 24, 502 ; Katherine Connell-Thouez, « La succession et la famille : réflections sur l'évolution des structures sociales, des valeurs fondamentales et le droit civil », (1987) 6 *Rev. can. D. Fam.* 103, 104 ; Jean Pineau et Danielle Burman, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 4.
26. M. D.-Castelli, « Le droit successoral et la création de mécanismes de protection de la famille. Éléments de réflexion : fondements et conséquences », préc., note 25, 365.
27. *Id.*, 375.
28. R. Comtois, préc., note 24, 502.

population préfère[29] ou elle évalue les réformes déjà réalisées en fonction des désirs ou des attentes de la population[30]. C'est le cas en matière de régimes matrimoniaux où il est souhaité que les règles plaisent aux époux, qu'elles ne les découragent pas de se marier.

Sans nier l'utilité de la réforme, d'autres acteurs observent que le nombre de femmes qui ont été privées d'une « compensation équitable » lors de la dissolution de leur mariage et qui auraient pu bénéficier des modifications législatives proposées diminue d'année en année[31]. Surgit alors une question : pourquoi faudrait-il modifier le Code civil, qui correspond aux besoins et aux vœux de la majorité, pour satisfaire les besoins d'une minorité ?

Des acteurs soumettent que les problèmes vécus par des époux lors de la rupture de leur mariage « ne sont pas suffisamment généralis[és] pour justifier une intervention législative aussi large et aussi complexe que la reconnaissance d'un patrimoine familial[32] ». Ils considèrent que le Code civil ne doit pas brimer la liberté de tous les époux, en adoptant un patrimoine familial obligatoire, pour enrayer des problèmes vécus par certains d'entre eux. Ils ajoutent que le « problème » que veut résoudre le patrimoine familial est celui de femmes mariées avant 1970 sous le régime matrimonial de la séparation de biens, qui se retrouvent démunies financièrement à la suite d'un divorce et qui ne peuvent se prévaloir des règles sur la prestation compensatoire[33]. Ils jugent enfin que les époux sont maintenant mieux informés qu'ils ne l'étaient auparavant et qu'il est important de distinguer les époux d'hier et ceux d'aujourd'hui[34], ce que mentionnait également le document de consultation gouvernemental[35]. De nos jours encore, des auteurs posent la question : « L'injustice résultant de choix contractuels

29. D. Burman, préc., note 18, 152, discute d'un régime matrimonial susceptible de « plaire » à la majorité de la population. Georges H. Garneau, « Réforme du droit des successions. Le Projet de loi 107 (1982) », (1983) 5 *R.P.F.S.* 5, 51.
30. J. Beaulne, préc., note 25, 170 (nº 407) ; D. Burman, préc., note 18, 152 ; Suzanne Pilon, *La nouvelle législation en matière familiale au Québec : analyse de la législation, jurisprudence, formulaire, index*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1984, p. 154 ; Pierrette Rayle, « La prestation compensatoire et la Cour d'appel cinq ans plus tard », (1988) 48 *R. du B.* 225, 248.
31. Conseil du statut de la femme, préc., note 19, p. 2 ; Réseau d'action et d'information pour les femmes, *Les droits économiques des conjoints : une réforme en peau de chagrin*, Sillery, Le Réseau, septembre 1988, p. 20.
32. Chambre des notaires du Québec, préc., note 17, p. 7.
33. *Id.*, p. 7 et 8.
34. *Id.*, p. 6 et 23.
35. Québec, ministère de la Justice, préc., note 11, p. 4-6.

inappropriés justifiait-elle une atteinte aussi catégorique à la liberté contractuelle de *tous* les couples, sans égard à leur situation particulière[36] ? »

Pour ces différents acteurs, le Code civil n'a pas pour fonction de réformer les comportements sociaux déviants. La solution aux problèmes vécus par certains époux à la fin de leur mariage ne serait pas d'ordre législatif puisque tout problème social n'appelle pas une modification de la loi[37].

En matière de partage de l'argent dans la famille, la loi aurait donc une fonction d'orientation des comportements, sans plus. Si le Code civil peut suggérer, inciter à adopter un comportement ou se fier à l'inertie des conjoints mariés ou unis civilement pour favoriser le partage entre ces derniers, il ne doit pas prescrire ni imposer pour autant[38]. Étant donné qu'il est impossible de prévoir une règle unique qui répondrait aux besoins

36. Alain Roy, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. McGill* 665, 669. À la suite de l'adoption du patrimoine familial, les auteurs Danielle Burman et Jean Pineau, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, nº 3, p. 5, et nº 5, p. 8, s'interrogeaient aussi : « Doit-on supprimer la liberté de tous, dès lors que certains en usent mal ? »

37. Plusieurs émettent le souhait que l'information relative aux régimes matrimoniaux, à la protection de la résidence familiale et à la prestation compensatoire soit plus largement diffusée dans la population. Certains suggèrent même que c'est grâce à l'information que la femme plus faible économiquement pourra se prendre en charge, faire reconnaître son travail et acquérir une sécurité économique égale à celle de son conjoint. En soulignant le manque d'information des époux et des futurs époux, ces acteurs montrent une cause différente des situations difficiles vécues par ces époux à la rupture de leur union. Ce ne sont pas – ou ce ne sont pas uniquement – les dispositions législatives en place qui seraient la cause du problème, mais le manque d'information des époux qui les empêcherait de faire les bons choix concernant leur situation. Fait intéressant, rappelons qu'au contraire d'autres acteurs qui s'opposent aussi aux modifications législatives proposées invoquent que les époux sont mieux informés que par le passé pour justifier de leur laisser la liberté de choisir : voir Chambre des notaires du Québec, préc., note 17, p. 6. Sur la nécessité d'améliorer la diffusion de l'information, voir : Association des femmes collaboratrices, *Les femmes collaboratrices et les droits économiques des conjoints*, septembre 1988, p. 17 ; Association féminine d'éducation et d'action sociale, *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur les droits économiques des conjoints*, Montréal, AFEAS, août 1988, p. 13 ; Chambre des notaires du Québec, préc., note 17, p. 24 ; Conseil du statut de la femme, préc., note 19, p. 40 ; lettre de la Fédération de la famille de Québec à la Commission des institutions financières, Sillery, 16 septembre 1988, p. 2 ; Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec, *Mémoire présenté lors de la consultation sur « Les droits économiques des conjoints »*, Montréal, La Fédération, 27 septembre 1988, p. 5.

38. Le professeur Kasirer souligne que la liberté de contracter et la liberté de tester sont considérées comme « the traditional twin pillars of the law of family property in Quebec » : Nicholas Kasirer, « Testing the Origins of the Family Patrimony in Everyday Law », (1995) 36 *C. de D.* 795, 800.

et à la volonté de tous[39], il faut laisser les époux libres d'aménager leurs rapports patrimoniaux.

Évidemment, tous les acteurs ne partagent pas cette représentation du rôle du Code civil.

1.2 Le rôle matériel du *Code civil du Québec*

En vertu de la seconde représentation, le Code civil aurait davantage une fonction d'orientation de la société pour atteindre des objectifs sociaux[40]. Suivant cette représentation, le code ne doit pas être pensé qu'en fonction du bien-être de la majorité de façon générale. Il doit, au contraire, être construit en tenant compte des *situations problématiques qu'il permettra de corriger*[41]. Le Code civil aurait donc un rôle concret à jouer dans la résolution de problèmes sociaux[42].

À ce titre, c'est le constat des problèmes économiques subis par des femmes à la suite de la rupture de leur mariage qui amène des acteurs à réclamer que la loi soit modifiée pour régler ces cas problématiques. Certains rappellent les propos du juge Nichols dans l'arrêt *Poirier* c. *Globensky* : « La loi québécoise n'est pas aussi équitable envers les conjoints qu'elle ne l'est au pays, mais il s'agit là d'une question de politique générale qui ne relève pas de la compétence des tribunaux[43]. »

---

39. Cela est reconnu, entre autres, par le Conseil du statut de la femme qui explique qu'il « serait illusoire de croire à une option législative magique » qui correspondrait à la situation de tous les couples : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, préc., note 19, p. 2 et 3.
40. Il existe un exemple de cette fonction reconnue au droit dans l'article 392 du Code civil où, selon le professeur Kasirer, le législateur cherche surtout « à exprimer un idéal pour le mariage » : Nicholas KASIRER, « What is *vie commune* ? Qu'est-ce que *living together* ? », dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 487, aux pages 530 et 531.
41. Certains suggèrent que le patrimoine familial réglera une situation d'iniquité qui a déjà trop duré. ASSOCIATION DES FEMMES COLLABORATRICES, préc., note 37, p. 14.
42. Le professeur Issalys se réfère au phénomène de l'« instrumentalisation de la loi » et le professeur Grimaldi, à celui de l'instrumentalisation du droit civil : Pierre ISSALYS, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », (1992) 33 *C. de D.* 665, 683 ; Michel GRIMALDI, « "Codes et codification" : pour souligner le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et le bicentenaire du Code Napoléon », (2005) 46 *C. de D.* 11, 26. Sur le sujet, voir aussi Brian Z. TAMANAHA, *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, coll. « The Law in Context Series », New York, Cambridge University Press, 2006.
43. FÉDÉRATION DES FEMMES DU QUÉBEC, *Mémoire préparé pour la consultation générale sur le document intitulé : « Les droits économiques des conjoints » et présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée Nationale* par Ginette BUSQUÉ, Montréal, Fédération des femmes du Québec, 1er septembre 1988, p. 1 et 7. L'affaire *Poirier* c. *Globensky*

Ces acteurs croient que le Code civil doit tendre à rétablir l'équilibre entre la valeur des patrimoines de chacun des époux[44]. Ils soutiennent que celui-ci doit intervenir pour suppléer à la vulnérabilité d'un des époux et ainsi égaliser les forces entre eux[45]. Plusieurs traitent des fonctions du Code civil dans la mise à niveau des relations patrimoniales des époux et dans la mise en pratique d'une solidarité familiale[46]. Ils souhaitent que le Code civil « réoriente impérativement les rapports économiques entre conjoints[47] ». Que les cas problématiques soient jugés marginaux ou non, ces acteurs font valoir que le Code civil a un rôle à jouer dans l'amélioration des relations patrimoniales entre les époux et dans l'amélioration de la société.

Afin d'assurer l'effectivité du Code civil dans la résolution des problèmes sociaux dénoncés, les modifications proposées doivent avoir un caractère impératif. L'unique façon d'atteindre avec certitude l'objectif de protection du conjoint désavantagé est d'imposer le partage entre les

---

est la première décision où la Cour d'appel a interprété la prestation compensatoire. Les juges majoritaires ont conclu que la prestation compensatoire ne pouvait avoir pour effet de faire renaître le droit au partage des biens acquis pendant le mariage, car une telle façon de procéder serait contraire à la liberté conventionnelle des conjoints. L'apport en biens ou en services n'exclut pas les services de nature conjugale, mais ceux-ci doivent pouvoir être l'objet d'une appréciation quantifiable. *Droit de la famille – 67*, [1985] C.A. 135.

44. Association de médiation familiale du Québec, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints*, 1988, p. 3 ; Association des femmes collaboratrices, préc., note 37, p. 37 ; Association féminine d'éducation et d'action sociale, préc., note 37, p. 8 ; Barreau du Québec, *Mémoire sur la Proposition gouvernementale relative aux droits économiques des conjoints*, Montréal, Le Barreau, septembre 1988, p. 1 ; lettre de la Fédération de la famille de Québec à la Commission des institutions financières, préc., note 37, p. 1 ; Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec, préc., note 37, p. 3 ; Pierre Issalys, *Observations sur le document intitulé Les droits économiques des conjoints*, août 1988, p. 5 ; lettre de E.D. Pinsonnault à la Commission des institutions, 24 août 1988, p. 5.
45. Fédération des associations de familles monoparentales du Québec, *Mémoire concernant les droits économiques des conjoints*, Montréal, FAFMQ, août 1988, p. 16 ; Femmes regroupées pour l'accessibilité au pouvoir politique et économique, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints* par Marie Pronovost et Andrée Noël, Montréal, FRAPPE, 7 septembre 1988, p. 3.
46. Plusieurs soulignent le rôle de la loi pour contrer le problème de la pauvreté féminine. Voir notamment : Commission des services juridiques, *Mémoire présenté à la Commission des Institutions sur Les droits économiques des conjoints*, juillet 1988, p. 21 ; Fédération des associations de familles monoparentales du Québec, préc., note 45, p. 4 et 9 ; Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec, préc., note 37, p. 11 et 12.
47. P. Issalys, préc., note 44, p. 12.

époux[48]. C'est ce qui justifierait que la liberté contractuelle des époux soit limitée.

À ce sujet, rappelons que le fait qu'il s'agit de modifier le Code civil, et non une loi statutaire, est relevé par la plupart des acteurs en présence lors des discussions entourant l'adoption du patrimoine familial. Ceux-ci jugent que la situation revêt un « caractère plus solennel[49] », précisément parce qu'il est question du Code civil. Ces acteurs décrivent le Code civil comme une loi fondamentale qui influence « la perception qu'ont les couples de la vie conjugale et familiale[50] ».

À travers les débats sur les droits économiques des conjoints, le patrimoine familial est ainsi décrit comme un « projet de changement de société[51] », un levier nécessaire au changement social[52]. Il ne s'agit pas uniquement de modifier le Code civil pour résoudre un problème ciblé, mais bien de le changer de manière à réformer globalement les rapports entre les hommes et les femmes dans la société. Un mémoire souligne d'ailleurs que les individus s'habituent à l'idée d'une plus grande intervention de l'État dans leur vie privée[53].

---

48. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 44, p. 12 ; Roger COMTOIS, *Les droits économiques des conjoints*, 1988, p. 6 et 9 ; FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE FAMILLES MONOPARENTALES DU QUÉBEC, préc., note 45, p. 9 et 10 ; P. ISSALYS, préc., note 44, p. 9.
49. « Je vous dis qu'on légifère dans le profond de notre droit civil, ce soir. Dans le très profond » : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Commission permanente des institutions, 2e sess., 33e légis., 8 juin 1989, « Étude détaillée des projets de loi. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux* », p. CI-2639 et CI-2664 (Mmes Louise Harel et Monique Gagnon-Tremblay).
50. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2e sess., 33e légis., 8 juin 1989, « Projet de loi 146. Adoption du principe », p. 6491. La codification est considérée comme une « espèce particulière de la fonction de légiférer ». Voir A.-J. ARNAUD (dir.), préc., note 12, no 8, p. 71, *s.v.* « Codification ». Voir aussi Rémy CABRILLAC, « Le symbolisme des codes », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 211.
51. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2e sess., 33e légis., 20 juin 1989, « Projet de loi 146. Prise en considération du rapport de la commission qui en a fait l'étude détaillée », p. 6872 (Mme Monique Gagnon-Tremblay).
52. Mme Louise Harel cite le professeur Issalys : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 51, p. 6874 et 6875. Cette façon de voir était partagée par plusieurs personnes et groupes qui se sont exprimés à la suite de la publication du document de consultation sur les droits économiques des conjoints, notamment par le professeur Issalys dont les propos ont été abondamment repris tant par Mme Monique Gagnon-Tremblay que par Mme Louise Harel pour expliquer la réforme.
53. FEMMES REGROUPÉES POUR L'ACCESSIBILITÉ AU POUVOIR POLITIQUE ET ÉCONOMIQUE, préc., note 45, p. 6.

Suivant la compréhension de ces acteurs, s'il faut adopter de nouvelles normes en matière de patrimoine familial, c'est foncièrement au nom d'une société plus juste et plus équitable. Le Code civil doit fixer minimalement les rapports patrimoniaux entre les conjoints, notamment pour favoriser l'égalité entre ces derniers.

2 L'égalité des conjoints

L'étude des discussions entourant l'adoption du patrimoine familial révèle deux représentations de l'égalité des conjoints chez les acteurs en présence. Ces représentations divergentes de l'égalité peuvent être qualifiées respectivement de « formelle » et de « réelle »[54]. Elles correspondent aux deux représentations des fonctions du Code civil mentionnées précédemment.

2.1 L'égalité formelle

Les acteurs qui se représentent le Code civil comme un instrument destiné *au service du bien général* fondent leur représentation des rapports patrimoniaux des époux sur l'égalité formelle des conjoints. Puisque la loi reconnaît expressément l'égalité des conjoints — à l'époque, un homme et une femme[55] —, le législateur doit en prendre acte et les laisser libres d'aménager leurs rapports patrimoniaux[56].

Ces acteurs suggèrent que la meilleure façon de régler les rapports patrimoniaux entre les époux est de leur permettre de rédiger une convention adaptée à leur situation particulière, au début de la relation. L'égalité des époux suppose que ces derniers sont en mesure de choisir la façon dont ils souhaitent administrer et partager — ou non — leur patrimoine.

C'est d'ailleurs toujours ce que considèrent des auteurs, dont le professeur Roy qui écrit ceci : « Si l'on reconnaît aujourd'hui que l'égalité des sexes, et particulièrement l'égalité entre mari et femme, est une valeur juridique et sociale fondamentale, il paraît illégitime d'aborder l'organisation législative des rapports conjugaux en présumant du contraire[57] ».

54. Les expressions « égalité formelle » et « égalité véritable » sont aussi employées. Voir Marlène Cano, « L'égalité formelle c. l'égalité véritable : exemples législatif et jurisprudentiel en droit de la famille au Québec », (1993) 11 *Rev. can. D. Fam.* 233.
55. Rappelons qu'en 1989 le mariage entre conjoints de même sexe est impossible, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33.
56. Chambre des notaires du Québec, préc., note 17, p. 9 et 10.
57. Alain Roy, « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) 41 *C. de D.* 657, 667.

Dans certains cas cependant, ces mêmes acteurs reconnaissent que la convention pourrait désavantager l'un ou l'autre des époux, mais non sans rappeler que la loi ne doit pas empêcher tous les couples d'avoir une entente « sur mesure », sous prétexte que certains couples utiliseront mal cette faculté. Étant donné que la loi ne peut prévenir tous les problèmes, ces acteurs jugent qu'elle doit être porteuse de justice pour le plus grand nombre qui, selon eux, bénéficiera de la liberté contractuelle.

Pour les cas problématiques, les tribunaux pourront toujours intervenir[58]. Certains déplorent cependant que les tribunaux disposent de peu d'outils pour le faire[59].

2.2 L'égalité réelle

Au contraire, suivant la représentation en vertu de laquelle le Code civil doit *prévenir les situations problématiques*, la loi doit veiller à l'égalité réelle des conjoints. L'égalité n'est pas qu'un principe, c'est un objectif social.

Si la loi veillait déjà à l'égalité juridique des conjoints, des acteurs souhaitent que l'adoption du patrimoine familial permette d'assurer leur égalité économique[60]. Certains expliquent que « sans vouloir être sexistes, nous devons cependant constater que la plupart du temps, dans le choix du régime matrimonial, c'est l'homme qui donne le ton[61] ». Sans être aussi explicites, d'autres acteurs rappellent la disparité des forces entre les

58. Mentionnons que le recours aux tribunaux avait été envisagé lors des discussions sur le patrimoine familial, mais que le gouvernement avait alors jugé que ce dernier comportait un aspect discrétionnaire trop important pour régler le problème de façon certaine, outre qu'il créait de l'incertitude sur la portée des droits de chaque époux. QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 11, p. 16. Voir aussi CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, préc., note 19, p. 4 et 7.

59. Pour un avis récent, voir A. ROY, préc., note 36. Cet auteur propose l'introduction d'un pouvoir de révision ou d'annulation judiciaire du contrat de mariage pour cause de lésion et d'imprévision en droit québécois.

60. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 51, p. 6872, 6874 et 6876 (Mmes Monique Gagnon-Tremblay et Louise Harel).

61. TRIBUNE UNIQUE ET POPULAIRE D'INFORMATION JURIDIQUE, *Mémoire du partage à l'intention de la commission parlementaire sur le partage des biens entre les époux*, Québec, TUPIJ, 15 août 1988, p. 2. Sur l'inégalité des hommes et des femmes, voir aussi : FEMMES REGROUPÉES POUR L'ACCESSIBILITÉ AU POUVOIR POLITIQUE ET ÉCONOMIQUE, préc., note 45, p. 3 ; Marthe VAILLANCOURT, *Consultation générale et auditions publiques sur le document : les droits économiques des conjoints*, ministère de la Justice, novembre 1988, p. 3.

époux, que ce soit sur le plan moral, physique, psychologique ou financier[62]. Que le problème soit associé de façon implicite ou explicite à l'inégalité des rapports entre les hommes et les femmes, nous décelons une forte volonté de mise à niveau des rapports entre ceux-ci. Le professeur Issalys va jusqu'à mentionner que la loi doit « prescrire de façon impérative les voies de l'égalité[63] ».

Le Code civil devrait donc favoriser l'égalité des conjoints de façon concrète en s'assurant qu'à la fin de l'union les deux conjoints profiteront des biens accumulés au bénéfice de la famille pendant le mariage. Comme toutes les unions ont nécessairement une fin, qu'elle soit provoquée par une séparation, par un divorce ou par un décès, on comprend qu'il y aura toujours un partage de la valeur des biens accumulés pour la famille pendant le mariage[64].

Rappelons d'ailleurs que la réforme a été présentée par le gouvernement comme une nouvelle façon de favoriser la pleine égalité juridique, économique et sociale des femmes[65]. La ministre de la Condition féminine de l'époque, Mme Monique Gagnon-Tremblay, avait alors souligné que « le meilleur moyen de conserver au mariage sa capacité d'attraction est d'en faire clairement le porteur du principe d'égalité entre les conjoints[66] ».

Le Code civil aurait donc un rôle à jouer pour assurer l'égalité des époux de façon concrète, notamment en favorisant le partage des biens accumulés par ceux-ci pendant le mariage. Ce faisant, la définition du mariage était cependant remise en question.

---

62. Fédération des associations de familles monoparentales du Québec, préc., note 45, p. 16 ; Femmes regroupées pour l'accessibilité au pouvoir politique et économique, préc., note 45, p. 3 ; M. Vaillancourt, préc., note 61, p. 7.
63. P. Issalys, préc., note 44, p. 9.
64. Rappelons que la Cour d'appel a confirmé que le droit au partage du patrimoine familial est transmissible aux héritiers. Voir *Lamarche* c. *Olé-Widholm*, [2002] R.D.F. 219 (C.A.), et *Banque nationale du Canada* c. *Trapani (Succession de)*, C.A. Montréal, n° 500-09-009712-001, 29 avril 2002, jj. Delisle, Biron et Beauregard (diss.).
65. Voir Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats. Commissions parlementaires,* Commission permanente des institutions, 2e sess., 33e légis., 12 octobre 1988, « Consultation générale sur le document intitulé "Les droits économiques des conjoints". Déclarations d'ouverture », p. CI-1120 et CI-1121 (Mme Louise Harel). Certains croient cependant que cette loi ne consacre toujours que l'« égalité formelle » des conjoints, sans plus. Voir la critique du patrimoine familial faite par M. Cano, préc., note 54, 234.
66. Québec, Assemblée nationale, préc., note 50, p. 6490 et 6491 (Mme Monique Gagnon-Tremblay). Le professeur Issalys écrivait que « le meilleur moyen de conserver au mariage sa capacité d'attraction est d'en faire clairement le porteur du principe d'égalité entre conjoints. C'est ce que tend à faire, de façon simple et visible, l'institution du patrimoine familial partageable par moitié » : P. Issalys, préc., note 44, p. 13.

3 La définition du mariage

Deux représentations distinctes du mariage se sont manifestées lors des discussions entourant l'adoption d'un patrimoine familial obligatoire. Elles sont toujours présentes dans la plupart des discours contemporains sur ce qui définit le mariage.

Dans le premier cas, il est question d'une représentation du mariage qui peut être qualifiée de « semi-contractuelle », en vertu de laquelle les époux peuvent négocier certains aspects de leur relation. Dans le second, le discours se réfère davantage au « mariage-institution », c'est-à-dire à un mariage dont les aspects patrimoniaux et extrapatrimoniaux doivent être régis par la loi[67].

3.1 Le mariage semi-contractuel

Le modèle du Code civil *au service du bien général* correspond à la vision des tenants de la liberté en matière de conventions matrimoniales. Cette vision est fondée notamment sur la pluralité des représentations du mariage et sur le respect de la propriété privée de chaque conjoint.

Suivant cette représentation, il est impératif que la loi distingue l'union des personnes et celle de leurs biens. Lorsque deux personnes se marient, ce serait parce qu'elles ont l'intention de faire vie commune, mais pas obligatoirement d'unir leurs biens. Si les conjoints souhaitent aussi unir leurs biens, la loi doit leur permettre de le faire, ce qui signifie qu'elle doit leur fournir ou leur proposer différents modèles de régimes matrimoniaux à base de partage (société d'acquêts, communauté de biens, etc.), mais que les conjoints ne doivent pas être tenus d'unir leurs biens parce qu'ils souhaitent unir leurs vies.

Plusieurs acteurs rappellent le principe de la liberté des conventions et son importance en droit civil[68]. Les questions d'argent sont perçues comme

---

67. Comme le professeur Cornu, il est possible de considérer que « l'opposition contrat-institution est dépassée », étant donné la double appartenance du mariage : Gérard Cornu, *Droit civil : la famille*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2006, no 160, p. 280. Néanmoins, l'étude des discours sur la nature du mariage révèle que cette opposition persiste lorsqu'il est question des relations patrimoniales des conjoints.

68. Association de médiation familiale du Québec, préc., note 44, p. 1 ; Association féminine d'éducation et d'action sociale, préc., note 37, p. 9 ; Mireille D.-Castelli, *Mémoire sur les droits économiques des conjoints présenté à la Commission des institutions*, Québec, Université Laval, Faculté de droit, 12 août 1988, p. 1 ; Chambre des notaires du Québec, préc., note 17, p. 4, 10 et 23 ; Comité exécutif provincial des Cercles de fermières du Québec, *Les droits économiques des conjoints : avis des Cercles de fermières du Québec sur le document consultatif*, Québec, Cercles de fermières du Québec, septembre 1988, p. 8 ; Commission des services juridiques, préc.,

des affaires qui relèvent des personnes (et non de l'État), et ce, même en présence d'une famille. La primauté reconnue à la propriété privée rend la fusion impérative des patrimoines des époux impensable, incohérente.

Pour ceux qui ont cette représentation du mariage, la façon d'aménager les rapports patrimoniaux dans la famille repose sur des « considérations socio-économiques, philosophiques et idéologiques » qui peuvent varier selon les couples[69]. C'est pourquoi, jugent-ils, la loi ne doit imposer que ce qui est absolument nécessaire et laisser autant de liberté qu'il est possible de le faire aux époux et aux futurs époux[70]. Le caractère supplétif des dispositions du Code civil en matière de droits patrimoniaux des conjoints mariés ou unis civilement permet ainsi d'assurer le respect des volontés individuelles.

La loi devrait aussi tenir compte des besoins des conjoints qui, là encore, peuvent varier selon leur situation[71]. Pensons notamment à des conjoints qui n'en sont pas à leur premier mariage, à des conjoints qui ont des enfants d'une union précédente, à des conjoints qui se marient à l'âge de la retraite ou encore à des conjoints qui ne veulent pas avoir d'enfants et qui ont, conséquemment, la possibilité d'accumuler des patrimoines d'une valeur comparable[72]. C'est cette diversité des couples qui justifierait que la loi oriente les comportements, propose des modèles d'aménagement des rapports patrimoniaux, mais sans imposer aucun modèle.

De son côté, la doctrine publiée à l'époque de l'adoption du patrimoine familial enseigne que d'autres régimes matrimoniaux que le régime légal peuvent mieux convenir à certains couples et que le régime de la séparation

---

note 46, p. 5 ; Conseil du statut de la femme, préc., note 19, p. 4 et 39 ; lettre de la Fédération de la famille de Québec à la Commission des institutions financières, préc., note 37, p. 1 ; Fédération des femmes du Québec, préc., note 43, p. 11 ; Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec, préc., note 37, p. 3 ; Femmes regroupées pour l'accessibilité au pouvoir politique et économique, préc., note 45, p. 6 ; P. Issalys, préc., note 44, p. 10, 11 et 19 ; P. Laquerre, préc., note 19, p. 7.

69. Chambre des notaires du Québec, préc., note 17, p. 5. Cette idée de pluralisme dans les relations conjugales des époux québécois est reprise par plusieurs acteurs : Conseil du statut de la femme, préc., note 19, p. 5-9 et 25 ; lettre de E.D. Pinsonnault à la Commission des institutions, préc., note 44, p. 2 ; M. Vaillancourt, préc., note 61, p. 7.

70. Chambre des notaires du Québec, préc., note 17, p. 8.

71. Le document gouvernemental mentionne d'ailleurs que c'est en raison de la nécessité de tenir compte de la « diversité de l'expérience des conjoints » que la loi doit permettre aux époux de renoncer au patrimoine familial à la fin du mariage. Québec, ministère de la Justice, préc., note 11, p. 18.

72. Pour des exemples, voir : Chambre des notaires du Québec, préc., note 17, p. 5 et 6 ; Conseil du statut de la femme, préc., note 19, p. 3 ; P. Laquerre, préc., note 19, p. 6-9 ; M. Vaillancourt, préc., note 61, p. 7.

de biens peut correspondre aux besoins des époux dans des cas particuliers[73]. C'est toujours l'opinion de plusieurs auteurs, dont les professeurs Pineau et Pratte qui rappellent qu'il peut y avoir « mariage » sans association d'intérêts économiques[74]. Dans le même sens, le professeur Roy suggère ceci : « Eu égard à la diversité des profils conjugaux qui se côtoient aujourd'hui, le temps est peut-être venu de réévaluer la pertinence de cette mesure uniforme [le patrimoine familial] et d'envisager l'adoption d'autres formules plus respectueuses du libre choix des conjoints[75]. » Ces auteurs croient que l'État ne doit pas « imposer unilatéralement sa conception » du mariage[76]. Suivant cette représentation, la loi doit respecter les intérêts et les volontés des individus, leur conception du mariage.

Le document gouvernemental sur les droits économiques des conjoints — qui a précédé l'adoption du patrimoine familial — soulignait d'ailleurs expressément que « l'approche législative est une abstraction qui ne reflète pas nécessairement les particularités des multiples situations vécues, ou pouvant l'être, par les couples québécois[77] ». Le législateur reconnaissait ainsi que la loi ne peut pas convenir parfaitement à toutes les situations, à moins de préserver la liberté de choix des époux, de limiter l'intervention de l'État dans la sphère privée et d'empêcher l'institutionnalisation d'un seul type de mariage.

3.2 Le mariage-institution

Les acteurs qui considèrent plutôt que le Code civil doit *prévenir les situations problématiques de façon concrète* présentent une vision différente du mariage. Suivant cette autre représentation, le mariage n'est pas qu'une union de personnes, c'est aussi une union de biens.

Lorsque deux personnes unissent leurs vies, il y aurait nécessairement une certaine confusion entre les biens des conjoints puisqu'il est impossible de tout séparer et de tout comptabiliser pendant le mariage. Des efforts communs seraient faits par les conjoints en vue d'accumuler des biens pour toute la famille.

---

73. E. Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, préc., note 23, nº 3, p. 2 et 3, nº 468, p. 306 ; J. Pineau et D. Burman, préc., note 25, p. 310.
74. Ces auteurs se réfèrent à la tradition civiliste. Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, nº 158, p. 207.
75. A. Roy, préc., note 36, 691. Cet auteur propose également de redéfinir la pratique du contrat de mariage et du contrat d'union de fait à la lumière d'une perspective pluridisciplinaire et internormative. Voir Alain Roy, « La charte de vie commune ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal », (2007) 41 *R.J.T.* 399.
76. A. Roy, préc., note 57, 668.
77. Québec, ministère de la Justice, préc., note 11, p. 8.

Certains acteurs reprochent d'ailleurs au *Code civil du Bas Canada* de nier l'existence d'un véritable patrimoine conjugal, qui existerait dans les faits et qui serait reconnu comme tel par les époux[78]. Les références en ce sens sont nombreuses. Par exemple, des groupes déplorent qu'une femme mariée doive parfois « prouver » qu'une partie de l'avoir familial lui revient[79], ce qui leur semble aller de soi. D'autres jugent qu'il est « inconcevable » que des femmes se retrouvent sans ressources financières à la suite de la dissolution de leur mariage « parce que d'office certains contrats de mariage et la pratique juridique ne reconnaissent pas leur apport au patrimoine familial et les désavantagent injustement[80] ». D'autres soulignent qu'il faut éviter qu'un conjoint ne soit « dépossédé » par l'application de la législation[81]. Certains acteurs parlent également de « préserver » le droit au partage des biens familiaux de chaque conjoint, que le droit pourrait autrement nier[82]. Ils expliquent qu'il n'est pas question de compenser ni de rétribuer un époux, mais bien de reconnaître son droit au partage[83]. Suivant la compréhension de ces différents acteurs, le patrimoine accumulé pendant le mariage appartient aux deux époux.

Quelles que soient les stipulations du contrat de mariage ou les règles prévues par le régime matrimonial, dans les faits, il y aurait généralement eu un partage des tâches et une accumulation des biens en commun par les époux[84]. Cependant, une fois qu'on applique certaines conventions matrimoniales ou dispositions législatives, on négligerait de tenir compte de la situation particulière du couple pour s'en remettre aux règles usuelles en matière de propriété.

---

78. Sur le sujet, voir : N. Kasirer, préc., note 38 ; Jean-Pierre Senécal, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989.
79. Comité crédit budget et endettement de la Fédération nationale des associations de consommateurs du Québec, *Mémoire concernant le document : « Les droits économiques des conjoints »* par Marie-Claude Martel, Montréal, Le Comité crédit budget et endettement de la FNACQ, septembre 1988, p. 4 ; Tribune unique et populaire d'information juridique, préc., note 61, p. 8 et 11.
80. Association féminine d'éducation et d'action sociale, préc., note 37, p. 16.
81. Tribune unique et populaire d'information juridique, préc., note 61, p. 12.
82. M. Vaillancourt, préc., note 61, p. 1 et 2.
83. Fédération des associations de familles monoparentales du Québec, préc., note 45, p. 4 ; P. Issalys, préc., note 44, p. 23 et 24 ; M. Vaillancourt, préc., note 61, p. 1.
84. Association féminine d'éducation et d'action sociale, préc., note 37, p. 16 ; Comité exécutif provincial des Cercles de fermières du Québec, préc., note 68, p. 8 ; Fédération des associations de familles monoparentales du Québec, préc., note 45, p. 4 ; Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec, préc., note 37, p. 4.

Ainsi, ces acteurs décrivent le mariage comme une institution qui implique un partage entre les conjoints[85]. Il est perçu comme un « partnership[86] », une association économique qui doit être reconnue par la loi[87]. Le partage des biens accumulés par les époux s'inscrit même, pour certains, comme un « droit fondamental qui résulte du mariage[88] ». C'est ce qui explique, selon eux, que la loi doit reconnaître la collaboration effective des époux et la réunion de leurs biens en instituant le mariage tant sur le plan patrimonial que sur le plan extrapatrimonial. Suivant cette représentation, le partage de la valeur des biens accumulés par le couple doit constituer un aspect formel du mariage, au même titre que les droits personnels des époux qui sont déjà codifiés[89].

Cette représentation du mariage s'oppose cependant à la conception traditionnelle du droit de propriété en vertu de laquelle chaque propriétaire est libre de faire ce qu'il veut de ses biens. En effet, avec le patrimoine familial, le Code civil relativise l'absolutisme du droit de propriété de chaque conjoint, en reconnaissant un droit sous-jacent dans les biens qui font partie du patrimoine familial au conjoint qui n'en est pas le propriétaire en vertu des titres de propriété.

Évidemment, toute personne qui ne désire pas voir la valeur de ses biens être partagée a toujours un choix : celui de ne pas se marier ni de s'unir civilement[90]. Toutefois, dès qu'une personne décide de le faire, une partie de la valeur de son patrimoine — ou même la propriété d'une partie de celui-ci advenant une attribution par le tribunal[91] — devra obligatoirement être partagée avec son conjoint en vertu des dispositions législatives en matière de patrimoine familial. Il s'agit, certes, d'un changement fondamental par rapport à ce que prévoyait le Code civil jusqu'alors, soit

85. P. Laquerre, préc., note 19, p. 6. Mentionnons que, depuis, la Cour suprême a aussi décrit le mariage comme une « entreprise commune » : voir *Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, 870.
86. Barreau du Québec, préc., note 44, p. 1.
87. Commission des services juridiques, préc., note 46, p. 21 ; R. Comtois, préc., note 48, p. 1 et 2 ; Réseau d'action et d'information pour les femmes, préc., note 31, p. 10.
88. Fédération des associations de familles monoparentales du Québec, préc., note 45, p. 3.
89. Art. 391-400 et 521.6 C.c.Q.
90. Sur le « choix » de se marier ou non, voir toutefois les propos de la juge L'Heureux-Dubé (dissidente), dans l'affaire *Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 141-157. Voir aussi les propos de la juge McLachlin, par. 153, et de la juge L'Heureux-Dubé, par. 95, à la page 102, dans l'affaire *Miron* c. *Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Ces juges soulignent que le « choix » de se marier peut parfois être illusoire.
91. Art. 420 C.c.Q.

le respect de l'intégralité des droits du propriétaire sur ses biens, que ce dernier soit marié ou non.

La ministre Gagnon-Tremblay a cependant justifié ce changement en soulignant que le mariage n'a qu'une apparence contractuelle[92] puisque c'est une institution sociale[93]. La recherche de l'« égalité » entre les conjoints (valeur sociale fondamentale) justifierait que le Code civil soumette les époux à certaines normes relativement à leurs biens, afin de structurer le mariage comme une institution plus égalitaire tant entre les personnes qu'entre leurs patrimoines[94].

Conclusion

En adoptant le patrimoine familial, le législateur québécois a choisi de retenir les représentations du mariage comme institution, l'égalité réelle des conjoints, mais surtout le Code civil comme un *moyen de régler des problèmes sociaux et de prévenir des situations problématiques*[95]. Il a conclu que le contrat n'était pas un outil adapté pour aménager l'ensemble des rapports patrimoniaux entre les conjoints mariés ou unis civilement.

C'est ce qui explique que le Code civil exclut la contractualisation des rapports patrimoniaux entre les conjoints mariés ou unis civilement au début de leur union, en les empêchant de se soustraire à l'application du patrimoine familial[96]. En revanche, le Code civil accepte cette contractualisation

92. Québec, Assemblée nationale, préc., note 50, p. 6490 et 6491 (Mme Monique Gagnon-Tremblay).
93. Sur ce dernier point, la doctrine contemporaine s'entend généralement pour affirmer ce qui suit : « Le mariage désigne, d'abord, un accord de volontés qui est un contrat, mais celui-ci crée une union de personnes qui est normalement appelée à durer ; et dans cet état de "gens mariés", c'est le caractère institutionnel qui prévaut. L'effet du contrat n'est que d'exprimer l'adhésion des époux au statut légal qui va régir impérativement leur état : l'adhésion a elle-même un caractère conventionnel. » J. Pineau et M. Pratte, préc., note 74, n° 21, p. 30. Quelle que soit leur appréciation du patrimoine familial et des autres règles impératives relatives aux droits patrimoniaux des conjoints mariés ou unis civilement, les auteurs ne contestent pas le caractère particulier du mariage.
94. Québec, Assemblée nationale, préc., note 50, p. 6490 et 6491 (Mme Monique Gagnon-Tremblay).
95. Le Code civil devient, dans ce cas-ci, un outil d'orientation globale de la société vers des buts unitaires. Sur cette fonction du droit, voir André-Jean Arnaud et Maria José Fariñas Dulce, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 121-123. Mentionnons que le professeur Issalys faisait d'ailleurs des rapprochements entre le droit du mariage et le droit social dans son mémoire : P. Issalys, préc., note 44.
96. Art. 423, al. 1 C.c.Q.

à la fin de l'union en permettant aux conjoints de renoncer à leurs droits dans le patrimoine familial, de renoncer à la protection de la loi[97].

Le législateur a vraisemblablement supposé que la variable « amour » risquait moins de « brouiller les cartes » à la fin du mariage qu'au début de la relation. Au commencement de l'union, nombreux semblent être les conjoints qui, « par amour », n'anticipent pas réalistement les conséquences d'une rupture. En effet, une étude sociologique récente montre que les couples discutent peu des questions financières, et ce, que les conjoints soient mariés, unis civilement ou en union de fait[98]. Ceux-ci préfèrent généralement laisser les choses se mettre « en place "naturellement" » et ainsi, éviter un sujet qui peut causer des tensions dans le couple[99].

Avec le patrimoine familial, le législateur a veillé à ce que le « rapport de force » entre les conjoints soit plus équilibré au moment de la négociation, c'est-à-dire à la fin de la relation. Suivant le discours « formel[100] », c'est une solution de compromis qui a été retenue par le législateur québécois. En effet, le patrimoine familial a été présenté comme une voie « mitoyenne » entre le *statu quo* et l'adoption d'un régime matrimonial impératif à base de partage[101].

Que faut-il retenir de cette expérience passée et de ces choix législatifs ? Le patrimoine familial a été adopté au nom de l'*égalité économique des conjoints*, mais c'est la reconnaissance de la « fonction matérielle du

97. Art. 423, al. 2 C.c.Q. Marlène Cano considère qu'une telle renonciation n'aurait pas dû être permise et qu'il s'agit d'un défaut de la législation : M. CANO, préc., note 54, 241 et 248. À l'opposé, les professeurs Pineau et Burman s'en réjouissent : D. BURMAN et J. PINEAU, préc., note 36, n° 6, p. 11.

98. H. BELLEAU, préc., note 1, p. 2, 39 et 41.

99. *Id.*, p. 2, 36, 39 et 41. Cette étude mentionne également que les effets légaux du mariage semblent avoir peu d'influence lorsque vient le temps de décider de s'unir maritalement ou non.

100. Dans le document de consultation, le gouvernement précise que le patrimoine familial assure une protection minimale aux conjoints tout en leur permettant de choisir leur régime matrimonial. QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 11, p. 12, 15-18. La préférence marquée pour l'introduction d'une nouvelle notion de patrimoine familial, plutôt que pour l'instauration d'une société d'acquêts comme régime matrimonial légal impératif, a souvent été justifiée par cette volonté de laisser une certaine liberté aux époux dans l'aménagement de leurs rapports patrimoniaux. Voir : ASSOCIATION DES FEMMES COLLABORATRICES, préc., note 37, p. 10 et 34 ; M. D.-CASTELLI, préc., note 68, p. 1 ; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, préc., note 19, p. 8 ; FÉDÉRATION DES FEMMES DU QUÉBEC, préc., note 43, p. 9-11 ; M. VAILLANCOURT, préc., note 61, p. 7.

101. Au contraire, des auteurs croient que le libre choix des conjoints mariés ou unis civilement est devenu « illusoire » dans sa portée pratique. Voir Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Droit de la famille au Québec*, 5e éd., Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 125.

Code civil » dans l'organisation de la famille et de la société qui a rendu ce changement possible.

Depuis, la même représentation du Code civil comme un outil de changement social s'est manifestée dans le contexte d'autres modifications du Code civil, notamment lors de l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*[102]. Suivant la compréhension d'acteurs qui ont participé aux débats à propos de cette loi, celle-ci est née d'une volonté « d'offrir aux couples homosexuels les mêmes droits que ceux dévolus aux conjoints hétérosexuels[103] ». L'objectif social était alors de favoriser l'*égalité entre les conjoints homosexuels et les conjoints hétérosexuels*.

Que convient-il d'en conclure ? Si cette représentation des fonctions matérielles — ou du rôle instrumental — du Code civil demeure contemporaine, le législateur en viendra *vraisemblablement* à modifier de nouveau le Code civil pour atteindre d'autres objectifs sociaux.

Par exemple, le législateur pourrait le faire afin de protéger davantage les enfants dont les parents ne sont ni mariés ni unis civilement[104]. Chacun sait que, formellement, tous les enfants ont les mêmes droits et les mêmes obligations[105]. Pourtant, dans les faits, les enfants dont l'union des parents n'est pas reconnue par le Code civil se trouvent parfois dans une situation fort différente de celle des autres enfants[106]. Une modification du Code civil pour corriger cette situation semble envisageable, dans la mesure où l'*égalité réelle entre les enfants nés de parents mariés ou unis civilement et les autres enfants* est considérée comme un objectif social à atteindre.

---

102. *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.
103. Voir les propos du ministre de la Justice, Paul Bégin, sur l'*Avant-projet de loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives* et du document intitulé *Pour un traitement égalitaire : l'union civile*, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 2e sess., 36e légis., 7 décembre 2001, p. 4399 et suiv.
104. Déjà en 1989, c'était le souhait que formulait le Réseau d'action et d'information pour les femmes, préc., note 31, p. 7, 9 et 16.
105. Rappelons que l'article 522 C.c.Q. dispose ceci : « Tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance. »
106. Par exemple, la présomption de paternité (art. 525 C.c.Q.) et les règles en matière de protection de la résidence familiale et des meubles qui servent à l'usage du ménage (art. 401-413 C.c.Q.) ne s'appliquent pas aux enfants dont les parents ne sont pas mariés ni unis civilement.