

Le patrimoine familial : une qualification difficile

Ernest Caparros

Volume 25, Number 2, June 1994

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1056328ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1056328ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Caparros, E. (1994). Le patrimoine familial : une qualification difficile. *Revue générale de droit*, 25(2), 251–267. <https://doi.org/10.7202/1056328ar>

Article abstract

The author underlines the political motivation and the technical difficulties of the law establishing the Family Patrimony. This institution, an intruder in the Civil Code, is studied under its historical perspective and in its proper context: matrimonial regimes in a Civil Code. The paper proposes a civilist interpretation and characterisation of the Family Patrimony.

Le patrimoine familial : une qualification difficile*

ERNEST CAPARROS

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

En hommage au doyen Gérard Cornu qui,
par son œuvre féconde, a su toujours clarifier
le fond et la forme du droit

RÉSUMÉ

L'auteur met en évidence la motivation politique et les difficultés techniques de la loi établissant le patrimoine familial. Cette institution, un intrus dans le Code civil, est étudiée dans sa perspective historique et dans son contexte : les régimes matrimoniaux dans un Code civil. L'article propose une interprétation et une qualification civilistes du patrimoine familial.

ABSTRACT

The author underlines the political motivation and the technical difficulties of the law establishing the Family Patrimony. This institution, an intruder in the Civil Code, is studied under its historical perspective and in its proper context : matrimonial regimes in a Civil Code. The paper proposes a civilist interpretation and characterisation of the Family Patrimony.

SOMMAIRE

Introduction : L'arrivée fracassante d'un intrus dans le <i>Code civil du Québec</i>	252
A. Une préoccupation électorale	253
B. Une technique législative défectueuse	254
I. Les contours du patrimoine familial	255
A. Une intervention législative remédiatrice	255
1. Le problème : le divorce imprévu	255
2. La solution : enchaîner la liberté	256

* Texte légèrement modifié d'une contribution aux *Mélanges offerts à Gérard Cornu — Droit civil, procédure linguistique juridique*, Paris, P.U.F., 1994 pp. 55-69. Nous tenons à exprimer notre reconnaissance à nos collègues A.-F. BISSON, J. BEAULNE et M. BOUDREAULT pour leurs judicieux commentaires à la suite de la lecture d'une première version de cet article. Mes remerciements vont aussi à M. Lafontaine pour son aide ponctuelle et efficace dans des recherches bibliographiques.

B. L'égalité économique recherchée.....	257
1. Les biens servant de base à l'établissement de l'égalité économique	258
2. Les moyens d'établir la créance égalisatrice	259
II. La qualification de l'« intrus » dans le contexte des régimes matrimoniaux.....	262
A. Quelques précisions terminologiques.....	262
B. Les fluctuations terminologiques	264
C. Un essai de clarification.....	266
Conclusion.....	267

INTRODUCTION : L'ARRIVÉE D'UN INTRUS DANS LE *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

1. Alors qu'en 1989 les travaux de réforme du *Code civil du Québec* progressaient encore à une allure d'escargot, voilà que les réformes au droit patrimonial de la famille se multipliaient et que le gouvernement nous servait la troisième réforme importante touchant les régimes matrimoniaux en moins de vingt ans.

Il apparaît que ces réformes multiples, notamment celles de 1980-82 et 1989-90, ne soient pas étrangères à une certaine préoccupation électorale. Dans les deux cas, mais de façon plus évidente en 1989, elles ont conduit à l'insertion dans le Code civil d'institutions, notamment la prestation compensatoire et le patrimoine familial, qui prennent, par moments, l'allure d'intrus dans notre ordonnancement codifié. Seul le « patrimoine familial »¹ retiendra notre attention. Il s'agit d'un ensemble de dispositions impératives énumérant les biens, propriété des époux et à l'usage de la famille, qui serviront à calculer une créance à la fin du mariage ou à la cessation de la vie commune. En commençant par le titre de la loi qui l'a introduit dans le code², on affirme qu'il vise à corriger le déséquilibre économique entre les conjoints qui se produisait dans certains cas à ce moment; soulignons, toutefois, que ces dispositions s'appliqueront aussi au décès. Pour situer ce patrimoine familial dans son environnement socio-juridique, il convient d'abord de souligner com-

1. Les guillemets, que nous omettrons généralement par la suite indiquent l'impropriété des termes. Le plaçant au premier rang des défauts visibles du nouveau *Code civil du Québec*, le patrimoine familial a été qualifié « d'incongruité technique et conceptuelle », voir A.-F. BISSON, « Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions », (1992) 23 R.D.U.S. 1-25, note 7, p. 4.

2. *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, modifiée par L.Q. 1990, c. 18; connue, pendant les débats houleux dans les médias, par son numéro de présentation, Projet de loi 146. Inséré dans le *Code civil du Québec* de 1980 auquel cette loi apportait de nombreuses modifications, le patrimoine familial se trouvait alors aux articles 462.1 à 462.13 et la prestation compensatoire, regroupée et modifiée, aux articles 462.14 à 462.17. Le *Code civil du Québec*, (L.Q. 1991, c. 64), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, reproduit ces mêmes dispositions au chapitre des « Effets du mariage » du Livre II, « De la famille », articles 414 à 426 (patrimoine familial) et 427 à 430 (prestation compensatoire). Le titre de la loi (*favoriser l'égalité économique des époux*) cache la présence éventuelle d'héritiers, qui pourraient n'avoir aucun lien de sang avec le conjoint survivant.

ment cette réforme est le fruit d'une préoccupation électorale et de mettre en évidence certaines déficiences de la technique législative employée.

A. UNE PRÉOCCUPATION ÉLECTORALE

2. Le premier juillet 1989 entrant en vigueur la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*. Une partie des promesses électorales du parti libéral du Québec touchait les « droits économiques des conjoints ». Cet euphémisme pudique était employé pour ne pas nommer un groupe de femmes : celles mariées en séparation de biens et dont le divorce judiciaire, devenu accessible en 1968, mais inexistant au moment où elles avaient choisi contractuellement ce régime doublé de l'institution contractuelle, les plaçait maintenant dans une situation économique fort précaire et même injuste.

Certains documents furent publiés par le gouvernement libéral, tôt pendant leur mandat électoral³ et, en juin 1988, les deux ministres officiellement concernés — de la Justice et délégué à la Condition féminine — présentèrent un document à la consultation⁴. Un autre document du Barreau du Québec, qui semblait avoir été à l'origine du Document gouvernemental de consultation, avait déjà fait l'objet d'une sérieuse critique⁵. Il ne paraissait pas concevable qu'un tel Document de consultation, mal conçu juridiquement et aberrant techniquement, puisse aboutir au Code civil, en dépit de l'intérêt et des pressions de certains milieux du Barreau qui cherchaient peut-être aussi à se constituer un capital pas seulement politique.

Mais l'inconcevable fut conçu et, à l'approche des élections, la ministre déléguée à la Condition féminine présentait le projet de loi 146 le 15 mai 1989. Une grande controverse publique régna⁶ pendant presque quarante jours. Hélas! le

3. Voir : SECRÉTARIAT À LA CONDITION FÉMININE, *Vers l'égalité [:] Orientations triennales en matière de condition féminine 1987-1990*, Québec, s. éd., s.d., ISBN 2-550-17752-5, p. 19; *Id.*, *Vers l'égalité [:] Plan d'action en matière de condition féminine 1987-1988*, Québec, s. éd., s.d., ISBN 2-550-17801-7, pp. 7-8 (inséré dans la couverture arrière du document précédent) et *Id.*, *Vers l'égalité [:] Condensé des orientations triennales en matière de condition féminine 1987-1990*, Québec, s. éd., s.d., ISBN 2-550-17802-5, p. 4 (inséré aussi dans la couverture arrière du premier document). Il s'agit de publications fort élégamment présentées, mais qui ne comportent mention ni de l'éditeur, ni de la date, ni du dépôt légal.

4. *Les droits économiques des conjoints*, document présenté à la consultation par monsieur Herbert Marx, ministre de la Justice et madame Monique Gagnon-Tremblay, ministre déléguée à la Condition féminine, gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, Sainte-Foy, 1988, dactylographié, 30 pp.

5. Cf. D. BURMAN, « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice — un juste sujet de s'alarmer », (1988) 22 *R.J.T.* 149-181, aux pp. 172-180. Le document gouvernemental est mentionné en appendice, pp. 180-181.

6. Journaux, radio et télévision répétaient les interventions, souvent contraires au projet de loi. La Chambre des notaires jouant un rôle déterminant, s'opposait aux nombreuses incohérences, voire aux injustices, du projet; en revanche, certains secteurs du Barreau se portaient à la défense de « la veuve, la divorcée et l'orphelin », alors qu'on discernait facilement que le caractère trop litigieux de la loi ne pouvait pas nuire aux avocats. D'ailleurs, les tribunaux dénoncent depuis quelques mois les procédures abusives de certains membres du Barreau. Ces dénonciations sont largement diffusées par les médias d'information. À titre d'exemple voir *Droit de la famille* — 1975, J.E. 94-682, retenu pour publication dans [1994] R.D.F.

projet en loi ne fut jamais mis en veilleuse. Cette quarantaine s'avéra le temps requis à la ministre et à ses collègues pour transformer le projet de loi en loi, le 22 juin 1989, une loi dont la technique législative était défectueuse.

B. UNE TECHNIQUE LÉGISLATIVE DÉFECTUEUSE

3. À la lecture de cette loi, on peut bien constater une technique défectueuse et peu en accord, quand ce n'est pas carrément contraire, avec la technique législative du droit codifié. Limitons-nous à en donner quelques illustrations.

La précision terminologique est une exigence dans toute loi, mais elle devient absolument impérative dans un Code. Or, elle n'est pas la première qualité de la réforme de 1989. Curieusement, d'ailleurs, lorsque ces textes ont été transférés au nouveau *Code civil du Québec*, il n'y a pas eu d'amélioration à ce chapitre. Il y a, dans le livre de la famille, des imprécisions terminologiques parmi lesquelles, et non la moindre, un usage impropre et ambigu des mots « patrimoine », « familial », et « partage »⁷.

Par ailleurs, la redondance, bien que toute bonne loi doive l'éviter en particulier en rapport avec les principes généraux de l'ordonnement juridique, devient extrêmement dangereuse dans un Code, car la mention, par exemple, de la possibilité d'invoquer les causes de nullité des contrats dans le cas de la renonciation aux droits dans le patrimoine familial ou au « partage » des acquêts du conjoint, pourrait conduire certains esprits déformés à argumenter *a contrario* et à prétendre que ces causes de nullité ne peuvent pas être invoquées en cas d'acceptation⁸. Ces redondances flagrantes et trop nombreuses⁹ avec des principes généraux, introduites en 1989, nous laissent dans la plus grande perplexité. Serait-il possible de parler de l'ignorance du législateur, comme on a déjà parlé de sa bonté¹⁰? En effet, une connaissance et une compréhension insuffisantes de notre ordonnancement juridique codifié permettrait d'expliquer que le législateur ait senti le besoin de créer une nouvelle section dans ce livre II du *Code civil du Québec* afin de nous obliger ou nous autoriser à employer l'interprétation par analogie entre les communautés et la société d'acquêts¹¹.

7. Cf. art 414, 424 et *passim* C.c.Q. Il convient de souligner qu'à proprement parler, il ne s'agit pas d'un patrimoine, qu'il n'est pas familial et qu'il n'y a pas de partage.

8. Cf. art. 424 C.c.Q. (patrimoine familial) et art. 472 C.c.Q. (société d'acquêts) et voir A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 1, pp. 7-8.

9. Ces redondances se retrouvent aussi, notamment, au nouvel article 408, lui-même redondant avec les principes généraux de responsabilité civile et avec l'article 1457, ainsi qu'à l'article 423 deuxième alinéa, qui nous rappelle qu'on peut toujours renoncer à un droit acquis.

10. Cf. G. CORNU, « La bonté du législateur », (1991) 90 *Rev. trim. dr. civ.* 283-288.

11. Voir la nouvelle section IV « Des régimes communautaires », comprenant un seul article 492. Dans le premier alinéa — pour les régimes communautaires conventionnels — on *doit* employer l'analogie avec la société d'acquêts, alors que dans le deuxième alinéa — pour les anciens régimes de communauté légale — on *peut* employer cette technique. L'analogie est amplement employée, notamment en matière de régimes matrimoniaux, malgré l'opinion prétenant que les réformes de 1980 touchant la société d'acquêts ne pouvaient pas s'appliquer aux communautés (voir J.-P. SÉNÉCAL, *Séparation, divorce et procédure*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993, p. 71). Malheureusement le législateur a senti le besoin de légiférer sur l'évidence. Pour ces questions voir E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd., 2^e tirage, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1988, nos 361-363, pp. 241-243 et *passim*; *Id.*, « L'application de l'effet de codification à la dissolution de la communauté », (1986) 17 R.G.D. 797-812.

Mentionnons, enfin, dans ce bref survol, le texte dans lequel l'énumération a supplanté l'esprit de synthèse, comme dans la liste des biens établie en rapport avec le patrimoine familial (art. 415) qui ressemble beaucoup aux articles des lois fiscales; ou les textes qui déterminent les valeurs de biens à prendre en considération pour établir la valeur partageable (art. 417 et 418), en utilisant un style filandreux et une terminologie peu civiliste.

Ces remarques étant faites, il convient d'abord de tenter de cerner les contours du patrimoine familial; cela nous permettra par la suite, de qualifier cet « intrus » dans le contexte des régimes matrimoniaux.

I. LES CONTOURS DU PATRIMOINE FAMILIAL

4. Afin de pouvoir arriver à qualifier le patrimoine familial, non point pour le plaisir de la chose, mais bien pour connaître sa nature et conséquemment sa place et son rôle dans l'ordonnement juridique, il faut tâcher de cerner cette nouvelle « créature » du législateur québécois.

Son intervention en 1989 a souvent été appelée « remédiatrice », cette idée étant occasionnellement employée pour se permettre une interprétation qu'on appelle aussi « large et libérale », quand dans certains cas elle n'est que farfelue. Par ailleurs, face à des textes qui, techniquement, laissent beaucoup à désirer, chaque interprète découvre çà et là « l'intention du législateur ». Il faut donc tenter de cerner l'*intervention législative remédiatrice* (A.). L'*égalité économique recherchée* (B.) par cette réforme nous permettra de découvrir, par la suite, la portée précise de ce patrimoine familial par rapport aux biens des conjoints.

A. UNE INTERVENTION LÉGISLATIVE REMÉDIATRICE

5. Poussé par certains groupes de pression véhiculant une idéologie spécifique¹², le gouvernement avait été confronté avec un problème vieux de deux décennies et dont le correctif de 1982 n'avait pas donné les résultats escomptés. Le problème était celui du divorce imprévu. La solution à laquelle on parvint en 1989 — et qui est maintenue dans le nouveau Code — n'est autre que celle d'enchaîner la liberté.

1. Le problème : le divorce imprévu

6. Dès le milieu des années 1940, et davantage dans les deux décennies suivantes, beaucoup de personnes se mariaient en contractant la séparation de biens, doublée d'une institution contractuelle dite « au dernier vivant, les biens ». Les époux recherchaient ainsi une plus grande autonomie pour la femme mariée, ainsi que la possibilité pour le mari de mettre ses biens, au besoin, à l'abri des créanciers, lorsque la femme apparaissait comme propriétaire. L'immutabilité des régimes matrimoniaux était la règle et le mariage au Québec, hormis quelques lois privées au Sénat, n'était dissous que par la mort d'un époux.

Dans ce contexte socio-juridique, il n'est pas risqué d'affirmer que les époux ne cherchaient pas à éviter l'incidence de l'union des personnes sur les

12. Voir, notamment, *supra*, note 3. On pourrait appliquer à ces groupes ce que le doyen Cornu affirmait plus généralement : « Dans l'univers politique se dressent des pouvoirs arrogants qui sont le règne de l'ambition ou de l'intolérance », *loc. cit.*, note 10, p. 283.

biens; ils allaient même au-delà du partage de la communauté légale, puisque au décès, le survivant devenait propriétaire de tous les biens. S'il y avait injustice, ce pouvait être plutôt envers les créanciers du mari qui auraient pu être frustrés par d'habiles transferts de biens du mari à la femme.

Ce régime est, au début des années soixante, au sommet de sa popularité; on calcule qu'environ 73 % des gens mariés s'y sont soumis¹³.

Le divorce, totalement imprévu, commence à causer des dommages économiques considérables à la fin des années soixante, notamment aux femmes mariées qui ont préféré la profession d'épouse et mère à un travail rémunéré à l'extérieur de la maison. Les victimes sont nombreuses! Les tribunaux tâtonnent, à la recherche de solutions tant du côté de la société tacite que du côté de l'enrichissement sans cause, se heurtant dans les deux cas à des difficultés de nature juridique¹⁴.

7. La première intervention du législateur québécois dans ce domaine a lieu en 1980 pour n'entrer en vigueur qu'en 1982¹⁵. Il s'agit de la prestation compensatoire. Elle permet au conjoint qui a contribué à l'enrichissement du patrimoine de l'autre de réclamer le remboursement nécessaire. Elle constitue, comme l'a reconnu la Cour suprême¹⁶, un recours basé sur l'enrichissement injustifié. De toute évidence, un tel recours ne pouvait pas répondre à l'ensemble des situations créées par les conséquences du divorce imprévu, situations qui, cependant, diminuaient rapidement, puisque le nombre de couples qui avaient opté pour le régime de séparation de biens sans penser au divorce s'amenuisait au fil des ans et que, depuis le 1^{er} juillet 1970, le régime légal était la société d'acquêts. Ce régime, contre tout pronostic, devenait de plus en plus populaire, à un point tel que lorsque le législateur intervint en 1989, 75,57 % des gens mariés l'étaient en société d'acquêts¹⁷.

Néanmoins, le gouvernement, politiquement engagé comme il l'était, conduit le législateur à opter pour la solution d'enchaîner la liberté.

2. La solution : enchaîner la liberté

8. Cette solution, l'idée d'un régime matrimonial légal impératif uniformisant les relations patrimoniales chez les couples, se trouvait, tapie sous la chape du droit comparé et du discours savant, dans un texte dont l'auteur a joué un rôle déterminant dans la réforme du Code¹⁸.

13. Voir, R. COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, n° 374, pp. 320-321.

14. Voir, par exemple, *Lévesque c. Faguy*, [1978] C.A. 376; *Lebrun c. Rodier*, [1978] C.A. 380; *Cantin c. Comeau*, [1972] C.A. 523; *Sabourin c. Charlebois*, [1982] C.A. 361; entre concubins, voir *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2.

15. *Loi instituant un nouveau Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Les articles concernant la prestation compensatoire étaient généreusement éparpillés çà et là entre les deux codes alors en vigueur (art. 439, 459, 533, 559 C.c.Q. et 735.1 C.c.B.-C.), dans un style très peu « codificateur ». Ils sont entrés en vigueur le 1^{er} décembre 1982. Pour une étude de ces questions voir E. CAPARROS, *op. cit.*, note 11, n^{os} 67-107, pp. 55-86.

16. Cf. *M.E.M. c. P.L.*, [1991] 1 R.C.S. 183.

17. Cf. A. COSSETTE, « Statistiques en matière de mariage », (1990-91) 93 R. du N. 536-542.

18. Cf. A. COSSETTE, « L'absence de régime matrimonial de biens dans un pays de droit civil ou la rencontre de deux cultures », dans SOCIÉTÉ ROYALE DU CANADA, Académie des lettres

Elle a fait, par la suite, son chemin pour servir de cadre juridique au patrimoine familial. Ce patrimoine sera donc imposé à tous les gens mariés au moment de l'entrée en vigueur de la loi de 1989 et à tous les couples qui se marieront par la suite¹⁹. Aux premiers, la loi permettra néanmoins, d'écarter ces dispositions impératives par acte notarié ou par déclaration judiciaire²⁰.

Le législateur décide donc, sous la pression d'idéologies égalitaristes outrées, que l'autonomie de la volonté ne peut être que partiellement tolérée dans le contexte des régimes matrimoniaux. Ainsi, les gains qu'avaient obtenus les gens mariés et qui leur permettraient non seulement de choisir leur régime matrimonial, mais même de le modifier en cours de mariage, depuis que la mutabilité est devenue la règle en 1970, deviennent suspects. De même, la liberté des conjoints d'organiser leurs relations patrimoniales dans le cadre d'une séparation de biens, qui apparaissait jadis comme un progrès, deviennent désormais condamnable.

Cela revient certes à renforcer l'idée des régimes de partage de biens (communautés, société d'acquêts), selon laquelle l'union des personnes a une incidence sur les biens. La différence, toutefois, est importante et double : en premier lieu, auparavant on avait un régime légal supplétif, les gens pouvant faire d'autres choix, même mauvais ! Désormais, le législateur prétend les protéger en leur imposant un régime légal impératif. En second lieu, les régimes classiques ne comportaient ni incertitudes, ni frais judiciaires ; le patrimoine familial est toujours incertain et pleinement judiciarisé.

Nous sommes très loin du « semis de violettes dans les replis de la loi » que trouvait le doyen Cornu au chapitre du « droit de la délicatesse » mettant en évidence la bonté du législateur²¹. Les époux ploient désormais, sous une chape de plomb et sont plutôt entraînés vers une jachère de chardons arrosés par l'eau de la méfiance.

B. L'ÉGALITÉ ÉCONOMIQUE RECHERCHÉE

9. Le législateur, une fois enchaînée la liberté, se penche sur *les biens servant de base à l'établissement de l'égalité économique* (1.) et détermine *les moyens d'établir la créance égalisatrice* (2.). Sa démarche ne s'inspire pas des riches notions et des techniques que l'on retrouve dans les régimes matrimoniaux classiques de partage de biens, mais repose plutôt sur une vague notion de « biens familiaux » que le législateur ontarien avait adoptée en 1977²², pour pallier les injustices de la séparation de biens entre époux, mais qu'il avait abandonnée en 1986 pour intégrer dans son ordonnancement un régime dont la ressemblance avec

et des sciences humaines, *Présentation* (1983-85) n° 39, pp. 61-73 et (1984-85) 87 *R. du N.* 107-120 (nous citons par cette publication) ; ce texte contient des affirmations imprécises et même erronées ; un égalitarisme outré conduit l'auteur à prétendre que l'autonomie de la volonté dans le cadre des régimes matrimoniaux peut être discriminatoire (p. 113). Il propose un seul régime imposé légalement à tous les gens mariés (p. 119).

19. Cf. art. 414 et 423 C.c.Q., correspondants aux anciens articles 462.1 et 462.10.

20. Cf. *Loi modifiant...*, *supra*, note 2, art. 42.

21. Cf. G. CORNU, *loc. cit.*, note 10, p. 285.

22. Cf. *Family Law Reform Act, 1977*, S.O. 1978, c. 2 et par la suite dans S.R.O. 1980, c. 152.

la société d'acquêts du Québec est frappante, tout en manifestant l'esprit propre de la common law²³.

1. Les biens servant de base à l'établissement de l'égalité économique

10. Il ne s'agit pas de catégories de biens établies selon des critères juridiques, mais plutôt d'une énumération, d'un côté, de certains biens qui doivent être la propriété de l'un ou l'autre des époux et à l'usage de la famille, de l'autre d'une liste de régimes de rentes, de retraite et d'épargne-retraite des époux²⁴.

Dans le premier groupe l'on trouve « les résidences de la famille » (toutes, selon la nouvelle formulation du Code, qui tranche ainsi une controverse provoquée par la première version du texte), « les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage », ainsi que « les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille ».

Dans le second groupe on trouve « les gains accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite », le même article sent le besoin de dire ce qu'il entend par régime de retraite en énumérant une demi-douzaine de types différents de régimes de pension et de retraite, alors qu'on aurait pu, avec un minimum d'esprit de synthèse, généraliser les notions et ne mentionner que les régimes de retraite légaux, les régimes enregistrés d'épargne-retraite et les fonds de ces régimes transférés à d'autres instruments d'épargne-retraite.

11. Toutefois, il ne suffit pas d'être propriétaire d'un de ces biens à l'usage de la famille ou d'avoir accumulé des gains durant le mariage à titre d'un régime de rentes ou de retraite. Le législateur précise, que si les biens sont reçus par succession ou donation, ils ne seront pas pris en considération. Logique! Puisqu'il s'agit de donner un effet absolu à l'incidence de l'union de personnes sur certains biens, il est normal qu'on ne retienne que les biens acquis à titre onéreux pendant l'union. Par ailleurs, les gains accumulés dans un régime de rentes ou de retraite légal ne seront pas comptés non plus si la dissolution du mariage a lieu par le décès et que le conjoint survivant en devient le bénéficiaire par l'effet de la loi. On peut se demander ce que l'on vise alors. Il est évident, que dans ce cas précis, on écarte les héritiers du partage des gains accumulés, ce qui semble être davantage de la nature d'une réserve ou d'une légitime que d'une créance égalisatrice.

12. Il aurait peut-être été plus clair d'employer les catégories des propres et des acquêts, qui semblent être sous-jacentes si l'on combine les éléments de l'énumération de l'article 415. Il n'est pas vrai de dire seulement que chaque conjoint doit être propriétaire du bien pour qu'il puisse être pris en considération en vue de l'établissement de la créance, il faut aussi ajouter qu'il doit l'avoir acquis normalement à titre onéreux²⁵ et que ce bien doit être acquis pendant le mariage.

23. Cf. *Family Law Act*, 1986, S.O. 1986, c. 4 et voir J. PAYNE, *Spousal Property Rights under the Ontario Family Law Act*, Toronto, Butterworths, 1987. Il convient de souligner que le document du Barreau (*Rapport sur la fiscalité, la prestation compensatoire et le partage des biens familiaux en mariage*, cité par D. BURMAN, *loc. cit.*, note 5, p. 172) est de 1987. Ce rapport du Barreau semble donc être en retard d'une réforme. Voir aussi, D. BURMAN et J. PINEAU, *Le « patrimoine familial »*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, n° 2, pp. 2-4.

24. Cf. art. 415 C.c.Q., ancien 462.2.

25. L'utilisation répétée des termes successions et donations laisse subsister le doute quant à, par exemple, le bénéfice d'une stipulation pour autrui. Comparer les articles 415,4 et 418 avec l'article 450,2° et 4° C.c.Q.

On semble donc être confronté à des biens qui, dans le régime légal, auraient été des acquêts²⁶. Certes, il s'agit d'un nombre limité d'acquêts (les résidences, les meubles, les véhicules automobiles), mais ce sont des acquêts quand même.

Le même raisonnement peut s'appliquer aux régimes de rente et de retraite, car hormis celles dont on peut être bénéficiaire et qui seront propres parce que considérées *intuiti personae*²⁷, celles accumulées pendant le mariage deviendront propres ou acquêts selon les critères généraux du régime, c'est-à-dire selon qu'elles auront été acquises avec des propres ou des acquêts²⁸.

13. Ainsi donc, les biens servant de base à l'établissement de la créance égalisatrice sont bel et bien un nombre limité d'acquêts.

Par ailleurs, ces mêmes biens pourraient être loués et dans ce cas ne seront jamais pris en considération pour l'établissement de la créance égalisatrice. Ainsi, les conjoints qui ne voudraient pas voir leur liberté enchaînée en se mariant, pourraient louer les biens (résidences, meubles, automobiles) et les exclure ainsi du calcul de la créance. Peut-être pourraient-ils trouver aussi une fissure dans les lois fiscales leur permettant d'obtenir un avantage fiscal.

La méthode utilisée par le législateur pour déterminer les biens servant de base à l'établissement de l'égalité économique n'est pas exempte de failles. Que peut-on dire des moyens d'établir la créance égalisatrice?

2. Les moyens d'établir la créance égalisatrice

14. De la même façon qu'il n'a pas employé, explicitement, les notions de propres et d'acquêts pour déterminer les biens qui servent à l'établissement de la créance égalisatrice, le législateur utilise des techniques fort laborieuses pour arriver à cette créance. La récompense n'est pas mentionnée, même s'il est permis de se demander si, comme monsieur Jourdain faisait de la prose, ce n'est pas à cette notion de récompense que le législateur a eu recours, sans le savoir!

Le législateur cherche à égaliser, par la voie d'une créance, les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage, qu'il a énumérés. Il tâche de parvenir à ce but en rédigeant maladroitement trois articles²⁹, dont deux ont été partiellement modifiés quelques mois après l'entrée en vigueur de la réforme introduite par la loi de 1989³⁰. Ces textes, d'une lourdeur inouïe, recèlent des pièges. Il est important donc de garder à l'esprit le but — l'établissement de la créance égalisatrice sur certains biens acquis à titre onéreux pendant le mariage — afin de pouvoir extraire de ces textes malhabiles les normes qui doivent nous guider.

15. Dans un premier temps, le législateur utilise l'expression « valeur nette ». On y parvient en déduisant de la « valeur marchande » du bien les dettes « contractées pour l'acquisition, l'amélioration ou la conservation » du bien en question. L'on établit ainsi la valeur servant à calculer la créance³¹. Dans la réglementation des régimes matrimoniaux, notamment en société d'acquêts, nous sommes

26. Cf. art. 449 C.c.Q.

27. Cf. art. 450,4° C.c.Q. et E. CAPARROS, *op. cit.*, note 11, n° 153, pp. 122-124.

28. Cf. art. 450,4° et 451 C.c.Q.

29. Cf. art. 416, 417, 418 C.c.Q., anciens 462.3, 462.4, 462.5.

30. Il s'agit des anciens articles 462.3 et 462.5, réécrits en 1990 — voir L.Q. 1990, c. 18 art. 2 et 3.

31. Cf. art. 416 et 417 C.c.Q.

habitué à régler la question des dettes par le truchement des récompenses exigées, lorsque les dettes ont été contractées au profit des propres³², ou non exigées, lorsqu'il s'agit d'impenses pour l'entretien ou la conservation du bien³³, en respectant toujours le principe *ubi emolumentum, ibi onus*. Curieusement, la réglementation du patrimoine familial ne semble pas avoir saisi ce principe fondamental du Code, puisque les dettes contractées pour l'entretien et la conservation du bien sont déduites. En fin de compte, toutefois, la valeur qui servira à établir soit la créance égalisatrice, soit la créance d'un conjoint sur les acquêts de l'autre, ne diffère pas à cause de cela. Dans le premier cas, la soustraction de la dette diminue la valeur et elle est faite parce que le législateur le dit dans son énumération (méthode de common law); dans le second, la dette sera à la charge des acquêts, diminuant ainsi la valeur partageable, à cause du principe *ubi emolumentum* (méthode civiliste).

Il n'en reste pas moins que le législateur cherche la même solution concernant les dettes, même si, dans la fastidieuse réglementation du patrimoine familial, il y parvient par une méthode bâtarde.

16. Une fois les dettes prises en considération, on doit départager les propres et les acquêts. Le législateur exige qu'on « déduise » « la valeur nette » des biens avant le mariage ainsi que les « apports pour l'acquisition ou l'amélioration » d'un bien effectués avec des biens reçus à titre gratuit³⁴. En un mot, il faut, comme en société d'acquêts, qualifier les biens pour cerner les propres, qui ne seront pas pris en considération pour le partage. La méthode bâtarde employée pour le traitement des dettes a ici un impact d'enrichissement pour la valeur du patrimoine familial. En effet, alors que par rapport aux dettes celles concernant l'entretien et la conservation sont « déductibles », les apports faits avec des biens reçus à titre gratuit, toujours pour l'entretien et la conservation des biens, ne donnent droit à aucune déduction. Les règles de la société d'acquêts sont plus claires aussi à cet égard. Elles peuvent, sans aucun doute, nous servir de guide pour mieux interpréter la laborieuse rédaction des articles sur le patrimoine familial. Elles ne semblent pas nous permettre toutefois de récupérer, par voie de récompense, la dépense d'entretien ou de conservation faite avec les biens reçus à titre gratuit, mais tout le reste de la réglementation concernant les critères de qualification des biens propres posés avant le début du régime et de ceux reçus à titre gratuit devrait nous éclairer dans les solutions à trouver par rapport au patrimoine familial.

17. Il est aussi évident que, dans son désir de ne prendre en considération, pour l'établissement de la créance égalisatrice, que certains biens acquis à titre onéreux pendant le mariage, le législateur cherche également à exclure de la base de calcul la plus-value des biens qui ont déjà été exclus. Il le fait dans un texte aussi alambiqué et filandreur que les précédents³⁵.

Encore ici, la réglementation de la société d'acquêts concernant l'évaluation des récompenses³⁶ aurait pu inspirer avantageusement le législateur. Elle peut aussi nous guider dans l'interprétation afin d'établir que, malgré la méthode

32. Cf. art. 478 C.c.Q.

33. Cf. art. 477 C.c.Q.

34. Cf. art. 418,1 C.c.Q. Notons qu'on n'emploie jamais cette expression générale; on parle toujours plutôt de successions et donations.

35. Cf. art. 418,2 C.c.Q.

36. Cf. art. 475, 476 C.c.Q.

bâtarde et précisément à cause de cette méthode, il faut savoir éviter le piège de regarder le Code comme une loi de common law³⁷ et conclure que, malgré son langage malhabile, le législateur ne veut prendre en considération que l'enrichissement acquis pendant le mariage, ce qui exige nécessairement qu'on tienne compte non seulement de la plus-value, mais aussi de la diminution de valeur³⁸.

18. Le législateur dispose que la valeur obtenue à la suite des « exclusions et déductions » est divisée par le tribunal à parts égales entre les conjoints³⁹, même si demande peut lui être faite de procéder à un partage inégal ou d'exclure les rentes et pensions du partage, si l'égalité conduisait à une injustice⁴⁰. Mais comme il s'agit, à proprement parler d'un régime d'égalisation de certains bénéfices acquis pendant le mariage, la décision du tribunal aboutira nécessairement à l'établissement d'une créance égalisatrice. Tous les biens resteront dans les patrimoines de leurs propriétaires et, à la rigueur, il pourrait même arriver qu'il n'y ait pas de créance si, hypothèse fort improbable, la valeur « partageable » des biens dans les patrimoines de chaque conjoint était déjà à égalité. Dans tous les autres cas, qui constituent la normale, ce qu'on pourrait appeler la « valeur partageable », sera divisée en deux. À ce moment, le conjoint dont le patrimoine aura une valeur partageable supérieure sera constitué débiteur de l'autre pour la différence. C'est là la créance égalisatrice à laquelle aboutit, en fin de compte, le patrimoine familial.

19. On peut constater, à terme de ce rapide survol des contours du patrimoine familial, que nous sommes confrontés à un ensemble de normes qui ne touchent pas le moindre du quotidien des familles, mais qui visent plutôt à réglementer des aspects importants des relations patrimoniales entre époux; des normes qui mettent en évidence l'incidence de l'union des personnes sur les biens à la fin du mariage. Cette incidence est limitée aux bénéfices accumulés à titre onéreux pendant le mariage sur certains biens à l'usage de la famille, ainsi qu'à certains régimes de rentes ou de retraite, dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire. Mais sur cet ensemble de biens le législateur est catégorique : à la fin du mariage, les époux doivent partager ces bénéfices afin d'atteindre l'égalité économique par rapport à cette parcelle de biens.

Cette institution nouvelle dans un système codifié n'est pas, par ailleurs, sans créer des problèmes, dont l'un, et pas le moindre, est celui de sa qualification. Nous avons vu comment, malgré son caractère impératif, le patrimoine familial comporte, dans son fonctionnement, des analogies nombreuses avec la société d'acquêts. Tâchons de découvrir la place du patrimoine familial, de l'« intrus », dans le contexte des régimes matrimoniaux.

37. Cf. J.-P. SÉNÉCAL, *Le partage du patrimoine familial*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, pp. 53-54. Il s'agit d'un type de raisonnement chronique chez cet auteur : il faut que le législateur dise tout et, quand il n'en dit pas assez, ou quand ce qu'il dit exige un raisonnement par le haut, vers les principes généraux, on crie à la lacune et à l'intervention nécessaire du législateur à nouveau. Voir note 11, pour un autre exemple dans cette ligne.

38. Cf. dans ce sens : P. CIOTOLA, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989) 2 *C.P. du N.* n° 113, p. 78; D. BURMAN et J. PINEAU, *op. cit.*, note 23, n° 70, p. 105; *Droit de la famille* — 980, [1991] R.J.Q. 1104 (C.S.); *Droit de la famille* — 1893, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.).

39. Cf. art. 416 C.c.Q.

40. Cf. art. 422 C.c.Q.

II. LA QUALIFICATION DE L'« INTRUS » DANS LE CONTEXTE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

20. Qualifier le patrimoine familial n'est pas une tâche facile et il serait prétentieux pour nous de vouloir y parvenir dans ce court texte. Il convient toutefois, de présenter d'abord *quelques précisions terminologiques* (A.) nous permettant de les confronter avec les *fluctuations terminologiques* (B.) que l'on retrouve dans la doctrine. Nous proposerons, enfin, notre *essai de clarification* (C.).

A. QUELQUES PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

21. L'aspect des relations patrimoniales entre conjoints est un secteur du droit dont la qualification, et par conséquent les termes qui servent à regrouper les concepts, est le fruit d'une longue décantation des idées. Ainsi, par exemple, sous l'égide de l'Ancien Droit et, par la suite, aussi bien du Code civil français que de notre *Code civil du Bas-Canada*, on parlait plus volontiers de « conventions matrimoniales » que de « régimes matrimoniaux », avec toutes les conséquences de qualification en Droit international privé du régime matrimonial légal comme un contrat « tacite »⁴¹.

22. Il a fallu des siècles pour parvenir à la notion de *régime matrimonial* que, reflétant la *communis opinio*, recueille le doyen Cornu dans le *Vocabulaire juridique* : « Au sens large, ensemble de règles d'ordre patrimonial qui régissent, au cours et à la dissolution du mariage, les biens des époux (quant à la propriété, la disposition, l'administration et la jouissance) et toutes les questions pécuniaires du ménage, tant dans les rapports entre les époux que dans les relations de ceux-ci avec les tiers, y compris les règles du régime matrimonial primaire »⁴².

Cette longue période de temps a aussi été nécessaire pour parvenir à affirmer que le *régime matrimonial légal* est « par opposition aux régimes conventionnels, [celui] applicable *par le seul effet de la loi* à tous les époux qui se marient sans avoir fait au préalable un contrat de mariage »⁴³.

23. En revanche, la notion de *régime primaire* (ou de régime matrimonial primaire ou impératif ou de base, ou encore de statut (matrimonial) fondamental impératif; tels sont les divers noms, avec d'autres variantes, qui lui sont donnés) est fort récente dans la doctrine juridique⁴⁴. On ne peut pas, par conséquent, espérer qu'une *communis opinio* ne soit formée ni quant au nom, ni quant à la nature, ni

41. Pour une discussion de ces questions, avec un riche appareil critique, voir J. RENAUD, *Droit patrimonial de la famille*, Tome I : *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, n^{os} 52-67, pp. 57-66.

42. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1987, V^o RÉGIME matrimonial, pp. 671-672.

43. *Id.*, V^o RÉGIME légal, p. 671. Nos italiques.

44. Cf. J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial; sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, (thèse) Bordeaux, Y. Cadoret, 1932, pp. 60, 111-112 et *passim*, (probablement l'avant-coureur de ces idées); Cl. RENARD, *Le régime matrimonial de droit commun*, Bruxelles, Bruylant, 1960, pp. 43 et ss., 65 et ss.; G. CORNU, « La réforme des régimes matrimoniaux », J.C.P. 1966.I.1968; J.G. RENAULD, « Rapport introductif », dans *Les régimes matrimoniaux*, Journées Jean Dabin 1966, Bruxelles, Bruylant, 1966, n^{os} 116-129, pp. 71-101.

quant à l'objet de ce régime primaire. Toutefois, même des auteurs qui n'en sont pas satisfaits, reconnaissent quand même que l'appellation *régime matrimonial primaire* est la plus usuelle et, malgré leur réticence, l'utilisent dans leur ouvrage⁴⁵, lorsqu'ils étudient les normes que depuis déjà presque cinquante ans des législateurs introduisent dans leur ordonnancement⁴⁶.

Au Québec, il a fallu attendre jusqu'au 1^{er} avril 1981 pour que le régime primaire complet, établi dans le *Code civil du Québec* de 1980, entre en vigueur⁴⁷. On ne peut donc pas s'étonner si la réflexion dans ce domaine n'est pas encore complétée.

Il est néanmoins utile de prendre en considération le concept qui s'est décanté ailleurs et qui permet d'établir que le *régime primaire*, (ou *régime matrimonial primaire*) est constitué par l'« ensemble de règles primordiales à incidence pécuniaire, en principe impératives, applicables à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial proprement dit [...] (lequel, qu'il soit légal ou conventionnel, vient nécessairement se superposer à ce régime de base) et destiné à sauvegarder les fins du mariage, tout en assurant un pouvoir d'action autonome à chacun des époux, soit que ces règles puissent jouer d'elles-mêmes, soit qu'elles permettent l'intervention du juge »⁴⁸.

24. La dernière expression qui devrait retenir notre attention dans ces précisions terminologiques est celle de *patrimoine familial*. Cette appellation, et la réalité qu'elle recouvre, n'apparaît dans notre droit qu'en juillet 1989. Évidemment, trop peu de temps s'est écoulé pour avoir permis une réflexion complète quant à sa nature. L'appellation, par ailleurs, ne semble pas devoir nous aider beaucoup pour la qualification de la réalité juridique qu'elle renferme. On s'entend assez généralement pour dire que l'appellation est plutôt symbolique⁴⁹; il n'y a pas, en effet, constitution, à proprement parler, d'un patrimoine distinct, ni d'affectation à la famille⁵⁰.

Les particularités de cette institution — l'*intrus* — ne nous permettent pas, en outre, d'aller chercher une inspiration ailleurs, puisqu'il ne semble pas que le droit codifié ait donné place à un tel développement. Il y a, certes, un « *fondo patrimoniale* » dans le Code civil italien, mais il s'agit alors d'un véritable patrimoine d'affectation⁵¹.

Enfin, l'ascendant ontarien de l'*intrus* fait partie d'une lignée bien différente, celle de la notion de *Family assets* développée par la jurisprudence britan-

45. Cf. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil — Les régimes matrimoniaux*, Paris, Cujas, 1988, n° 16, pp. 16-17 et p. 35.

46. Pour une étude de l'évolution de cette question voir E. CAPARROS, *Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois*, Montréal, P.U.M., 1975, n°s 136-185, pp. 141-189.

47. Pour une étude de cette évolution voir *Id.*, n°s 310-344, pp. 306-328 et n°s 353-362, pp. 324-340; et de son application E. CAPARROS, *op. cit.*, note 11, n°s 20-66, pp. 15-53.

48. G. CORNU, *op. cit.*, note 42, V° PRIMAIRE (régime) ou (régime matrimonial primaire), p. 611. (Nos italiques). Comme synonyme on cite : statut (matrimonial) fondamental impératif. Voir aussi, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 45, n° 16, pp. 16-17; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 6^e éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 16.

49. Cf. D. BURMAN et J. PINEAU, *op. cit.*, note 23, n° 31, pp. 50-52.

50. Cf. *Droit de la famille* — 977, [1991] R.J.Q. 904, aux pp. 910-911 (J.-L. BAUDOUIN) (C.A.).

51. Cf. « Del fondo patrimoniale » art. 167-171 Code civil italien.

nique pour corriger des injustices entre époux par la voie du *resulting trust* et qui, par la suite, a été versée dans un texte de loi⁵².

Nous avons déjà établi les contours du patrimoine familial. Tâchons maintenant en tenant compte des autres clarifications terminologiques, de cerner les fluctuations terminologiques de la doctrine québécoise.

B. LES FLUCTUATIONS TERMINOLOGIQUES

25. Ni la nature juridique, ni la qualification du patrimoine familial n'ont retenu l'attention d'une majorité de la doctrine. Nombreuses sont les études qui se sont appliquées à tâcher de comprendre et d'expliquer les normes alambiquées que le législateur nous avait servies. En nombre fort restreints ont été les textes qui se sont penchés sérieusement sur la question de la qualification.

Nous ne considérons pas les affirmations selon lesquelles le patrimoine familial est un régime matrimonial primaire parce qu'il est impératif et parce que le législateur l'a « rangé » dans le chapitre sur les effets du mariage⁵³. Qu'il soit impératif et qu'il constitue une des sections du chapitre sur les effets du mariage c'est évident. Cela ne permet pas de conclure, néanmoins, qu'il s'agisse d'un régime primaire.

Revenons donc aux deux seuls textes qui se sont penchés systématiquement sur ces questions : l'un conclut qu'il s'agit d'un véritable régime primaire parce que le patrimoine familial prime sur les régimes classiques⁵⁴, l'autre l'appelle régime matrimonial, se basant, parmi d'autres arguments, sur l'interprétation jurisprudentielle de dispositions semblables dans une autre province⁵⁵.

En réalité, malgré une terminologie apparemment inconstante, dans les deux cas l'argumentation se fait en partie sur des points communs et les deux textes concluent que le patrimoine familial est bel et bien un régime matrimonial. Il ne sied pas de reprendre les arguments justifiant leur choix, ni de réviser leur conclusion que nous partageons. Mais il semble convenable d'apporter des compléments à ces réflexions. Le premier sera terminologique, le second méthodologique.

26. La difficulté principale que nous rencontrons dans l'étude des professeurs Burman et Pineau concerne l'utilisation de l'expression « régime primaire » pour désigner le patrimoine familial. Il est de notoriété publique que le professeur Pineau a rejeté systématiquement l'utilisation de l'appellation régime primaire pour

52. Cf. *supra*, note 22; pour une étude de la relation entre la jurisprudence britannique et la loi ontarienne voir E. CAPARROS, *op. cit.*, note 46, n^{os} 75-76, pp. 65-68 et n^{os} 91-92, pp. 86-90.

53. Le Document du Barreau (*supra*, note 23) employait déjà l'expression « régime matrimonial primaire élargi », voir D. BURMAN, *loc. cit.*, note 5, p. 172. Voir dans le sens du texte, notamment, J.-P. SÉNÉCAL, *op. cit.*, note 37, pp. 13-14; P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 37, n^o 1, p. 21, n^o 4, p. 23, n^o 58, p. 52; P. CIOTOLA et N. GAGNON, « Conflits patrimoniaux et partage de biens », (1990) 2 C.P. du N. n^o 38, p. 335. La même affirmation a été faite par des tribunaux, notamment, dans les affaires *Droit de la famille* — 768, [1990] R.J.Q. 537, aux pp. 541 et 544 (C.S.) et *Droit de la famille* — 977, [1991] R.J.Q. 904, à la p. 908 (J.-L. BAUDOUIN) (C.A.).

54. Cf. D. BURMAN et J. PINEAU, *op. cit.*, note 23, n^{os} 15-23, pp. 21-30.

55. Cf. J.A. TALPIS, « Quelques réflexions sur le champ d'application international de la loi favorisant l'égalité économique des époux », (1989) 2 C.P. du N. 135, aux n^{os} 22-51, pp. 159-170; *Id.*, « Champ d'application international des règles sur le partage du patrimoine familial », dans *Le partage du patrimoine familial et ses conséquences juridiques* (1990), Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, 121-150, aux pp. 125-139.

désigner l'ensemble des normes, généralement impératives, concernant le quotidien des familles⁵⁶, qu'il préfère appeler « effets du mariage », et que ce point de vue a été partagé par sa collègue le professeur Burman⁵⁷. Ils affirment qu'il ne s'agit pas d'un régime matrimonial à proprement parler, puisque le régime primaire est incomplet.

On ne peut, quand même oublier que, pour plusieurs des grands civilistes contemporains, la contribution aux charges du mariage est le noyau de base, l'essentiel, des régimes matrimoniaux⁵⁸. Ainsi, une fois cette réglementation regroupée et rangée au chapitre des effets du mariage, il serait possible de considérer le régime primaire comme un véritable régime matrimonial, du moins quant à l'essentiel. L'approfondissement de cette idée exigerait néanmoins des développements qu'il ne sied pas de faire ici.

Mais, même si la dénomination régime primaire était impropre ou amphibologique, la *communis opinio*⁵⁹ a eu comme conséquence que, désormais, lorsque le nom est employé on s'entend, entre civilistes, pour savoir qu'on désigne certains des effets obligatoires du mariage, notamment la contribution aux besoins de la famille, le choix et la protection de la résidence familiale et les aménagements requis dans les droits-fonctions des époux, avec ou sans intervention judiciaire. C'est probablement pour cela, que des auteurs utilisent la dénomination, toute amphibologique qu'elle soit!, afin de pouvoir se comprendre, car à l'usage l'appellation régime primaire a acquis, avec sa signification propre, droit de cité⁶⁰.

Ainsi l'utilisation de la dénomination régime primaire pour désigner le patrimoine familial, alors qu'on considère ce dernier comme un véritable régime matrimonial, a un double effet pervers : le premier « babélisant », qui peut conduire à une confusion des langues rendant les communications scientifiques difficiles, comme jadis pour les communications tout court entre les artisans de la Tour de Babel; le second « banalisant », puisque d'aucuns pourraient ranger la riche argumentation des professeurs Burman et Pineau du côté des affirmations plus ou moins tautologiques que nous avons écartées plus haut⁶¹.

27. C'est quant à un aspect de la méthode suivie par le professeur Talpis que nous voudrions faire une brève remarque. Dans son argumentation, il accorde une grande importance⁶² à une décision de la Cour d'appel qui qualifie comme régime matrimonial les dispositions d'une loi de la Saskatchewan⁶³ dans le style de la loi ontarienne qui a inspiré le patrimoine familial. L'étude se situe dans un contexte de droit international privé; il y établit une similitude entre la réforme du

56. Cf., par exemple, J. PINEAU, « L'élaboration d'une politique générale en matière matrimoniale », (1971-72) 74 *R. du N.* 3-27.

57. Cf. J. PINEAU et D. BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, pp. 15-17.

58. Cf., notamment, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 10-11, Bruxelles, Bruylant, 1949, n° 2, p. 11; R. BEAUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2° éd., t. X, Paris, Rousseau et cie, 1937, n° 163, pp. 113-114; J. CARBONNIER, *Droit civil*, 5° éd. revue, t. 1, Paris, P.U.F., 1964, n° 115, pp. 369-370; J. RENAULD, *op. cit.*, note 44, n° 77, pp. 73-74 et ses références.

59. Cf. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 45, n° 16, pp. 16-17.

60. Cf. *supra*, note 48.

61. Cf. *supra*, note 53.

62. Cf. J.A. TAI PIS, *loc. cit.*, note 55, n° 39, pp. 164-165, n°s 42-46, pp. 166-168.

63. Cf. *J.L.P. c. D.E.M.*, [1985] R.D.J. 247 (C.A.); il s'agit du *Matrimonial Property Act*, S.S. 1979, c. M-6.1.

Code concernant le patrimoine familial et la loi de la Saskatchewan; il conclut, comme le juge LeBel pour cette loi, que le patrimoine familial relève du régime matrimonial. Limitons-nous à signaler un danger, qui ne se manifeste pas dans son texte mais qui n'est pas hypothétique puisque de semblables déviations se sont produites dans l'interprétation de la prestation compensatoire : qu'on oublie que le patrimoine familial, malgré ses origines, se trouve dans notre Code et que, par conséquent, il doit être compris et interprété en tenant compte de l'effet de codification⁶⁴.

C. UN ESSAI DE CLARIFICATION

28. Presque au terme de ce périple, nous avons en mains les éléments nécessaires pour tâcher de qualifier l'*intrus*.

Intrinsèquement, le patrimoine familial apparaît comme un régime matrimonial de partage, fort semblable à la société d'acquêts, sous réserve des différences concernant les biens qui serviront à établir une créance égalisatrice ou la créance touchant les acquêts. Pour le reste, malgré les textes filandreux de la réglementation du patrimoine familial, il n'y a pas de différences importantes : on vise à « partager » des acquêts et seulement des acquêts (une liste spécifique dans le patrimoine familial, tous les autres acquêts selon la société d'acquêts). Dans les deux régimes c'est la fin — le but d'un « partage » égalisateur ou par moitiés — qui prédomine; en effet, pendant la durée du régime, c'est l'époux propriétaire qui gère ses biens (même si le législateur ne dit rien pour le patrimoine familial, alors qu'il le dit expressément pour la société d'acquêts à l'article 461) et est libre d'en disposer, hormis l'interdiction, en société d'acquêts, de le faire entre vifs à titre gratuit s'il s'agit d'acquêts (art. 462). Ainsi, si on souhaite que le patrimoine familial s'épanouisse selon l'effet de codification, on cherchera à mieux comprendre sa réglementation à la lumière des normes de la société d'acquêts, toujours, évidemment, *mutatis mutandis* et *servatis servandis*.

29. Si intrinsèquement, sa nature est celle d'un régime matrimonial de partage, il convient maintenant de le considérer extrinsèquement, dans le contexte des régimes matrimoniaux.

Une des qualifications classiques est celle de diviser les normes des codes concernant les régimes matrimoniaux dans un sens large⁶⁵ entre régime primaire et régimes secondaires. Ces derniers étant normalement divisés en légaux et conventionnels.

Le patrimoine familial, nous l'avons vu, ne correspond pas à la définition du régime primaire. Il devrait donc se retrouver parmi les régimes secondaires. Certainement, il semble bien être un régime secondaire légal et *impératif* par surcroît. Ce caractère impératif ne doit pas nous faire penser, pour autant, à un régime primaire. Il y a déjà eu d'autres mesures remédiatrices dans le droit patrimonial de

64. L'expression se retrouve dans G. CORNU, « Codification contemporaine : valeurs et langage », dans *Codification : valeurs et langage*, Actes du colloque international de droit comparé, 1981, Conseil de la langue française, Université McGill, Université de Montréal, 1985, pp. 31-47, à la p. 42. Voir aussi A.-F. BISSON, « Effet de codification et interprétation », (1986) 17 R.G.D. 359-369 et, pour une application : E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 11.

65. Voir la définition *supra*, n° 22 et note 42.

la famille, comme les biens réservés⁶⁶, qui étaient aussi impératifs et d'ordre public. Personne n'a songé à les considérer comme régime primaire, même en 1980, alors qu'abrogées, ces normes restaient en vigueur pour les communautés. Par ailleurs, certains pays imposent un régime secondaire légal soit à toutes les personnes mariées⁶⁷, soit à des personnes dans certaines circonstances⁶⁸. On ne songe pas non plus, pour autant, à le qualifier comme régime primaire⁶⁹.

Il s'agit donc, à notre avis, d'un régime matrimonial légal impératif qui sera complété, pour les biens qui ne sont pas inclus dans le patrimoine familial, par un autre régime secondaire, soit le régime légal supplétif, la société d'acquêts, ou par un régime conventionnel.

30. Cette qualification extrinsèque a certainement un impact en Droit international privé. Limitons-nous à signaler que l'article 3089 dispose : « Les effets du mariage, notamment ceux qui s'imposent à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, sont soumis à la loi de leur domicile. » Ainsi, en accord avec la qualification proposée par les professeurs Burman, Pineau et Talpis, et puisque le patrimoine familial est un régime matrimonial, il sera plutôt régi par l'article 3123 : « la loi du domicile des époux au moment du mariage ». En effet, le texte de l'article 3089 ne vise, parmi les effets du mariage, que ceux qui ne relèvent pas du régime matrimonial (n'oublions pas que le régime matrimonial, tout régime matrimonial, est aussi un effet du mariage), alors que l'article 3223 établit la règle de conflit applicable au « régime matrimonial des époux qui se sont mariés sans passer de conventions matrimoniales ».

CONCLUSION

31. C'est pour rendre hommage au doyen Gérard Cornu que nous avons tenté cet exercice de clarification, dans un double but : apporter au dialogue intellectuel qui se développe chez les civilistes du Québec un point de vue qui puisse contribuer à mettre davantage en évidence l'effet de codification et faciliter, par la mise en œuvre de cet effet, une meilleure compréhension d'une institution du nouveau Code civil qui ressemble, dans le contexte du Code, si on nous permet la métaphore, au caneton confondu parmi les poussins. La rédaction et la conceptualisation de la réglementation sur le patrimoine familial est tellement défectueuse, qu'on doit s'attacher à découvrir les principes et à les placer dans cette perspective de l'effet de codification, afin d'éviter que le patrimoine familial ne devienne un *virus décodificateur*.

66. Cf. *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile relativement aux droits civils de la femme*, S.Q. 1930-1931, c. 101; L. TREMBLAY, *Les biens réservés de la femme mariée*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1946. La réglementation dans art. 1425a-1425i C.c.B.-C., abrogés en 1980, mais toujours en vigueur pour les communautés.

67. Cf. E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN (dir.), *Mariage et régimes matrimoniaux étrangers*, Montréal, Éditions Claude Ananou, 1987, signalent des pays possédant un régime matrimonial légal impératif : l'Argentine (p. 9) et un certain nombre d'anciens pays socialistes : Albanie (p. 2), Bulgarie (p. 24), Cuba (p. 32), Hongrie (p. 75), Roumanie (p. 125).

68. Le régime de séparation de biens est imposé obligatoirement lorsque le mariage est célébré sans les publications requises ainsi qu'aux personnes qui se marient après 60 ans (art. 1720 C.c. portugais); le Brésil aurait des normes semblables (cf. E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, note 67, p. 23).

69. Pour d'autres arguments dans le même sens, voir D. BURMAN et J. PINEAU, *op. cit.*, note 23, n° 20, pp. 27-28; J.A. TALPIS, *loc. cit.*, note 55, n° 33, p. 163.