Document generated on 07/19/2025 2:16 p.m.

Revue générale de droit

La nature juridique commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts

Ernest Caparros

Volume 30, Number 1, 1999–2000

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1027599ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1027599ar

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. (1999). La nature juridique commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts. *Revue générale de droit*, *30*(1), 1–60. https://doi.org/10.7202/1027599ar

Article abstract

The article attempts to clarify the juridical concept, as well as characterize and classify the family patrimony and the partnership of acquests in the new *Civil Code of Québec*. It establishes the common juridical nature of both matrimonial regimes as legal secondary regimes, the first one compulsory, the second, suppletive.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2000

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/

DOCTRINE

La nature juridique commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts

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

RÉSUMÉ

Le texte présente un effort de clarification des concepts, de qualification et de classification du patrimoine familial et de la société d'acquêts dans le nouveau Code civil du Québec. *Il établit la nature commune de ces deux régimes comme régimes secondaires légaux, le premier impératif, le second, supplétif.*

ABSTRACT

The article attempts to clarify the juridical concept, as well as characterize and classify the family patrimony and the partnership of acquests in the new Civil Code of Québec. *It establishes the common juridical nature of both matrimonial regimes as legal secondary regimes, the first one compulsory, the second, suppletive.*

SOMMAIRE

Introduction 3

Chapitre I. Les points de convergence 4

Section 1. Questions terminologiques 4

A. Quelques précisions terminologiques 5

B. Les fluctuations terminologiques 8

Section 2. Les paramètres de l'égalité économique recherchée . 13

A. Les biens servant de base à l'établissement de l'égalité économique 13
B. Les moyens d'établir la créance égalisatrice 16
C. Un essai préliminaire de classification 21

Chapitre II. Les points de divergence 24

Section 1. Divergences touchant l'autonomie de la volonté 24

A. Les trois modalités principales des régimes matrimoniaux secondaires 25
B. L'impact de l'intervention du législateur sur l'autonomie de la volonté 28

Section 2. Les divergences relatives à la méthodologie juridique 34

A. Les conséquences de la localisation des normes dans le Code 34
B. Les effets d'une conceptualisation étrangère à l'ordonnancement codifié 38
C. Les suites d'une terminologie étrangère à l'ordonnancement codifié 44

Section 3. Les divergences réelles et apparentes 47

A. Les divergences réelles 47
B. Les divergences apparentes 48

Chapitre III. Synthèse 50

Section 1. La qualification du patrimoine familial (l'*intrus*) dans le cadre des régimes matrimoniaux 51

A. La classification du patrimoine familial selon des critères extrinsèques 52
B. La classification du patrimoine familial selon des critères intrinsèques 54

Section 2. La qualification de la société d'acquêts (le *rétrogradé*) dans le nouvel équilibre des régimes matrimoniaux.. 56

A. La classification de la société d'acquêts selon des critères extrinsèques 56
B. La classification de la société d'acquêts selon des critères intrinsèques 57

Conclusion générale 59

INTRODUCTION

1. *Généralités*. D'aucuns pourraient peut-être se surprendre devant un article centré sur la nature commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts. Il s'agit pourtant de régimes visant la participation aux bénéfices de l'union conjugale et aboutissant à l'établissement d'une créance en faveur de l'un des époux. Le fait que la loi de 1989 ait été justement qualifiée « d'incongruité technique et conceptuelle »[1], n'enlève pas au régime qu'elle a engendré (le patrimoine familial) ni à celui qu'elle a métamorphosé (la société d'acquêts) leur véritable nature juridique. Ce faisant, les deux régimes légaux, l'impératif (le patrimoine familial) et le supplétif (la société d'acquêts) seront étudiés sous une même perspective, soit celle qui correspond d'ailleurs à leur véritable nature juridique commune, en dépit des différences importantes, qui ne transmuent pas pour autant leur nature.

Par ailleurs, précisément parce que ces incongruités ont été rédigées dans un style étriqué et filandreux, il devient impérieux de bien saisir la nature de ces régimes afin de pouvoir mieux comprendre les textes, se servant précisément de la nature juridique des régimes comme pierre de touche et non point, comme d'aucuns le font, sur une prétendue intention du législateur, par ailleurs insaisissable, qui devient le passe-partout permettant à chacun de multiplier les incongruités du législateur par celles de l'interprète.

La détermination de la nature commune des deux régimes exige un effort intellectuel et une volonté de se situer correctement au sein de notre ordonnancement juridique codifié[2]. Cela demande aussi de s'éloigner de la tentation de facilité consistant à aller chercher des solutions fort justes en common law, mais qui provoquent des réponses bizarres, pour ne pas dire bâtardes, en droit civil. Il faudra bien en mentionner quelques-unes à l'occasion, ne serait-ce que pour en faire la critique et

1. *Cf.* 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. Pour des recherches originales *cf.* N. KASIRER, « *Couvrez cette communauté que je ne saurais voir* : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony », (1994) 25 *R.G.D.* 569-603; *ID.*, « Testing the Origins of the Family Patrimony in Everyday Law », (1995) 36 *C. de D.* 795-841.

mettre en garde de ne pas se laisser prendre dans ce piège. Qu'il suffise pour le moment de ces insinuations.

2. *Plan*. Pour parvenir à notre but, le chapitre I tâchera de mettre en évidence les points de convergence des deux régimes. Le chapitre II dévoilera les points de divergence, afin de pouvoir établir, au chapitre III, une synthèse conduisant à la détermination de la qualification spécifique de chacun des régimes en respectant ses particularités.

CHAPITRE I. LES POINTS DE CONVERGENCE

3. *Perspective*. Dans le but de mieux comprendre le patrimoine familial, la société d'acquêts, régime connu assez classique, sera utilisée comme canevas. La comparaison avec ce régime permettra de retracer les points communs et d'établir les paramètres concernant la nature de ces régimes. Indépendamment de ce que le législateur dit ou du lieu du Code où il situe les normes, il faut identifier la nature propre de chaque institution, puisqu'il n'est pas exclu que le législateur — qui n'est ni omniscient ni infaillible — ait procédé à un choix douteux, quand ce n'est pas carrément mauvais, de terminologie ou de localisation. Confronté à une doctrine controversée et à une jurisprudence logiquement aussi contradictoire, il est de mise de tâcher d'aller au fond des institutions, aux racines, à la nature, sans se laisser ensorceler par un positivisme outré, déifiant le législateur, ni par une recherche inutile d'une volonté du législateur différente à l'occasion de celle qu'il a manifestée dans ses textes législatifs.

4. *Plan*. Il sied d'abord de s'attarder à des questions terminologiques dans le but d'établir un langage qui puisse devenir commun (section 1); ensuite les paramètres de l'égalité économique recherchée (section 2) préciseront des points fondamentaux de convergence; il sera alors possible de procéder à un essai de clarification (section 3).

SECTION 1. QUESTIONS TERMINOLOGIQUES

5. *Sommaire des questions*. Les précisions terminologiques (A) permettront de définir les termes utilisés dans le cadre des régimes matrimoniaux, alors que des fluctuations termi-

nologiques (B) apparaîtront à l'analyse de l'utilisation de ces mêmes termes, et mettront en lumière d'éventuelles confusions, principalement par la doctrine québécoise.

A. Quelques précisions terminologiques

6. *Régime matrimonial.* 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 pour parvenir à établir le genre « régime matrimonial ». 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 du régime matrimonial légal, en Droit international privé, comme un contrat « tacite »[3].

Il a fallu des siècles pour parvenir à la notion de **régime matrimonial** que, reflétant la *communis opinio doctorum*, 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 »[4].

Cette longue période de temps a aussi été nécessaire pour parvenir à affirmer que le **régime matrimonial légal** est « par opposition aux régimes conventionnels[5], [celui] applicable **par le seul effet de la loi** à tous les époux qui se

3. Pour une riche discussion de ces questions, voir J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille*, t. I : *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Maison F. Larcier S.A., 1971, [RENAULD] n°s 52-67, pp. 57-66.

4. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7e éd., Paris, P.U.F., 1998, V° RÉGIME *matrimonial*, p. 714. Pour une définition au même effet dans des mots légèrement différents, *cf.*, l'ancêtre, H. CAPITANT (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1936, V° RÉGIME *matrimonial*, p. 414; voir aussi H. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1994, V° **Régime matrimonial**, p. 486.

5. Il s'agit bien des espèces dans le genre « régime matrimonial ».

marient sans avoir fait au préalable un contrat de mariage »[6]. De toute évidence, il s'agit d'une définition issue d'un contexte juridique généralisé respectant le principe de l'autonomie de la volonté, abandonné par le législateur québécois en 1989.

7. *Régime matrimonial primaire*. En revanche, la notion de **régime primaire**[7] est fort récente dans la doctrine juridique[8]. On ne peut pas, par conséquent, espérer qu'une *communis opinio* se soit formée ni quant au nom, ni quant à la nature, ni quant à l'objet de ce régime primaire. Toutefois, même des auteurs qui ne sont pas satisfaits d'une telle terminologie, reconnaissent quand même que l'appellation **régime matrimonial primaire** (une autre espèce dans le genre « régime matrimonial ») est la plus usuelle et, malgré leur réticence, l'utilisent dans leur ouvrage[9], lorsqu'ils étudient les normes que, depuis déjà presque cinquante ans, des législateurs introduisent dans leur ordonnancement pour régler le quotidien des familles[10].

Au Québec, il a fallu attendre jusqu'au 1er avril 1981 pour qu'un régime primaire complet, établi dans le *Code civil du Québec* de 1980, entre en vigueur[11]. On ne peut donc pas

---

6. G. CORNU, *op. cit.*, note 4, V° RÉGIME *légal*, p. 714. Nous soulignons. Cette définition n'apparaît pas dans l'édition de H. CAPITANT de 1936. Pour une définition, plus succincte, mais au même effet, *cf.* H. REID, *op. cit.*, note 4, V° **Régime légal**, p. 486.

7. Appelé aussi 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.

8. *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., pp. 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, nos 116-129, pp. 71-101.

9. *Cf.* Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, Éditions Cujas, 1988, [MALAURIE/AYNÈS] n° 16, pp. 16-17 et p. 35.

10. 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, nos 136-185, pp. 141-189.

11. Pour une étude de cette évolution voir E. CAPARROS, *op. cit.*, note 10, nos 310-344, pp. 306-328 et nos 353-362, pp. 324-340; et de son application *ID.*, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd, 2e tirage, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1988 [CAPARROS, 3e éd.], nos 20-66, pp. 15-53.

s'étonner si la réflexion dans ce domaine n'est pas encore achevée.

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 »[12].

8. *Patrimoine familial.* La dernière expression qui devrait retenir notre attention dans ces précisions terminologiques est celle de **patrimoine familial** (un individu, qu'il faudra localiser au sein de sa propre espèce : le régime matrimonial secondaire). 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 symbolique[13] ; il n'y a pas, en effet, constitution, à proprement parler, d'un patrimoine distinct, ni d'affectation à la famille[14].

---

12. G. CORNU, *op. cit.*, note 4, V° PRIMAIRE (*régime*) ou (*régime matrimonial primaire*), p. 650. (Nous soulignons). Comme synonyme on cite : statut (matrimonial) fondamental impératif. Logiquement, cette définition n'apparaît pas dans l'édition de 1936; celle de H. REID, *op. cit.*, note 4, V° **Régime primaire**, p. 486, s'inspire de la doctrine (voir *infra*, note 17) qui range le patrimoine familial dans ce régime, ce qui ne semble pas correspondre à la nature juridique propre du patrimoine familial. Voir aussi, MALAURIE/AYNÈS, n° 16, pp. 16-17; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9e éd., Paris, P.U.F., 1997, [CORNU] p. 16.

13. *Cf.* D. BURMAN et J. PINEAU, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1991 [BURMAN/PINEAU], n° 31, pp. 50-52.

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

Les particularités de cette institution — qualifiée d'**intrus** — ne nous permettent pas, en outre, d'aller chercher une inspiration ailleurs, puisqu'il ne semble pas que le droit codifié ait donné naissance à un tel « individu » ailleurs. Il y a, certes, un *fondo patrimoniale* dans le Code civil italien, mais il s'agit alors d'un véritable patrimoine d'affectation[15].

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 britannique pour corriger des injustices entre époux par la voie du *resulting trust* et qui, par la suite, a été versée dans un texte de loi[16].

Une fois les termes définis, tournons-nous vers les fluctuations terminologiques.

B. Les fluctuations terminologiques

9. *Une contradiction apparente*. Ni la nature juridique, ni la qualification du patrimoine familial n'ont retenu l'attention d'une majorité de la doctrine. Nombreuses sont les analyses qui se sont appliquées à tâcher de comprendre et d'expliquer les textes alambiqués que le législateur nous avait servis. En nombre fort restreint ont été les études qui se sont penchées sérieusement sur la question de la qualification.

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 mariage[17], ne permettent pas d'approfondir ces

15. *Cf.* « Del fondo patrimoniale », art. 167-171 Code civil italien.

16. *Cf. Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2 et par la suite, jusqu'à son remplacement en 1986, S.R.O. 1980, c. 152; pour une étude des relations entre la jurisprudence britannique et la loi ontarienne voir E. CAPARROS, *op. cit.*, note 10, n°s 75-76, pp. 65-68 et n°s 91-92, pp. 86-90.

17. Le Document du Barreau, *Rapport sur la fiscalité, la prestation compensatoire et le partage des biens familiaux en mariage*, Montréal, dactylographié, mai 1987 (reproduit comme Annexe I au *Mémoire sur la Proposition gouvernementale relative aux droits économiques des conjoints*, Montréal, dactylographié, septembre 1988), p. 2 et *passim*, employait déjà l'expression « régime matrimonial primaire élargi ». Pour une critique du Rapport *cf.* D. BURMAN, « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée

questions. Qu'il soit impératif et qu'il constitue une des sections du chapitre sur les effets du mariage est évident. Cela ne permet pas de conclure, néanmoins, qu'on soit devant un régime primaire. Il s'agit d'un type de raisonnement surprenant que l'on trouve d'une façon chronique chez certains auteurs : ils boivent les mots du législateur, mais il faut que le législateur leur 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, vers la nature des institutions, on crie à la lacune et à l'intervention nécessaire du législateur à nouveau[18] ; il arrive même que le législateur entende ces pleurnichements et qu'il intervienne avec des « enrichissements » surprenants, puisqu'il a senti le besoin de légiférer sur l'évidence[19].

Revenons donc aux deux seuls textes qui se sont penchés systématiquement[20] sur ces questions : l'un conclut qu'il s'agit d'un véritable régime primaire parce que le patrimoine familial prime sur les régimes classiques[21], l'autre l'appelle régime matrimonial, se basant, parmi d'autres

---

à un semblant de justice — un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149-181, pp. 171-177. Voir dans le sens du texte, notamment, J.-P. SENÉCAL, *Le partage du patrimoine familial*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, pp. 13-14; P. CIOTOLA, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989) 2 *C.P. du N.* 1-133, [CIOTOLA] n° 1, p. 21, n° 4, p. 23, n° 58, p. 52; P. CIOTOLA et N. GAGNON, « Conflits matrimoniaux et partage de biens », (1990) 2 *C.P. du N.* 303-393 [CIOTOLA/GAGNON], n° 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 (C.A.).

18. *Cf.* J.-P. SENÉCAL, *Séparation, divorce et procédure*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993, p. 71, prétendant que les réformes de 1980 touchant la société d'acquêts ne pouvaient pas s'appliquer aux communautés. Pour une analyse critique de cette opinion *cf.* E. CAPARROS, 3e éd., 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.

19. *Cf.* la nouvelle section IV « Des régimes communautaires », comprenant un seul article 492, introduite en 1989 : a. 524.1 C.c.Q./89.

20. Pour une brève contribution fort nuancée, *cf.* H.P. GLENN, « Droit international privé », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du Code civil*, Québec, P.U.L., 1983, pp. 667-880, n° 21, pp. 691-693.

21. *Cf.* BURMAN/PINEAU, nos 15-23, pp. 21-30.

arguments, sur l'interprétation jurisprudentielle de dispositions semblables dans une province de common law[22].

En réalité, malgré une terminologie apparemment inconstante, dans les deux cas l'argumentation se fait en partie sur des points communs et les deux interprétations 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.

10. *Un choix de terminologie discutable.* 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 désigner l'ensemble des normes, généralement impératives, concernant le quotidien des familles[23], qu'il préfère appeler « effets du mariage », et que ce point de vue a été partagé par sa collègue le professeur Burman[24]. 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 matrimoniaux[25]. Ainsi, une fois cette réglementation regroupée et

---

22. *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°s 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.

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

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

25. *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*, 2e éd., t. X, Paris, Rousseau et cie, 1937, n° 163, pp. 113-114; J. CARBONNIER, *Droit civil*, 5e éd. revue, t. 1, Paris, P.U.F., 1964, n° 115, pp. 369-370; RENAULD, n° 77, pp. 73-74 et ses références.

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 doctorum*[26] 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[27]. C'est probablement pour cela que des auteurs utilisent la dénomination, tout 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 cité[28].

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 haut[29].

11. *Une méthodologie incertaine.* 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 importance[30] à une décision de la Cour

26. *Cf.* MALAURIE/AYNÈS, n°s 16-17, pp. 16-17.
27. *Cf.* CAPARROS, 3e éd., n°s 20-66, pp. 15-53.
28. *Cf. supra*, note 8.
29. *Cf. supra*, note 17 et les commentaires du texte.
30. *Cf.* J.A. TALPIS, *loc. cit.*, note 22, n° 39, pp. 164-165, n°s 42-46, pp. 166-168.

d'appel qui qualifie comme régime matrimonial les dispositions d'une loi de la Saskatchewan[31], 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 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 purement 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 codification[32].

En somme, il est de mise d'être vigilants dans l'utilisation des termes de notre qualification puisque nous donnons à ces termes depuis le départ un sens univoque (tout en tâchant de le préciser au fur et à mesure), alors que ces mêmes termes sont traités de façon doublement polysémique par la jurisprudence et la doctrine. En effet, soit qu'ils désignent des réalités juridiques distinctes par la même expression, soit encore qu'ils nomment des réalités juridiques identiques par des termes différents. Voilà la « babélisation » qu'il convient d'éviter. Gardant à l'esprit ces précisions, il sied de se tourner vers l'un des points de convergence des régimes de participation aux bénéfices de l'union conjugale, soit les paramètres de l'égalité économique recherchée par le législateur par la voie du patrimoine familial.

---

31. *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.

32. 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, « L'application de l'effet de codification à la dissolution de la communauté », (1986) 17 *R.G.D.* 797-812.

SECTION 2. LES PARAMÈTRES DE L'ÉGALITÉ ÉCONOMIQUE RECHERCHÉE

12. *Le but : l'égalité économique.* Afin d'atteindre une égalité économique à la fin de l'alliance matrimoniale ou encore à la cessation de la vie commune, le législateur précise les biens servant de base à l'établissement de l'égalité économique (A) et détermine les moyens d'établir la créance égalisatrice pour le patrimoine familial (B). 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 1978[33].

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

13. *L'énumération des biens « partageables ».* Il ne s'agit pas de catégories de biens établies selon des critères juridiques, mais plutôt d'une double énumération : premièrement, de certains biens qui doivent être la propriété de l'un ou l'autre des époux et à l'usage de la famille; deuxièmement, d'une liste de régimes de rentes, de retraite et d'épargne-retraite des époux (a. 415; ancien a. 462.2 C.c.Q./89). Limitons-nous à une présentation sommaire de cette liste. Bien que la forme diffère partiellement de la réglementation de la société d'acquêts, le fond comporte d'importants points de convergence, comme nous allons le voir.

Dans le premier groupe, l'on trouve « les résidences de la famille » (pas seulement la résidence principale, comme jadis, mais toutes, selon la nouvelle formulation du Code, qui tranche ainsi une controverse provoquée par la première version du texte[34]), « les meubles qui les garnissent ou les ornent

33. *Cf. Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2 et par la suite, jusqu'en 1986, dans S.R.O. 1980, c. 152.

34. *Cf.* CIOTOLA, n°s 69-74, pp. 60-62; CIOTOLA/GAGNON, n°s 68-71, pp. 348-350; M. BOUDREAULT, « Le patrimoine familial : principes et commentaires », (1990) 21 *R.G.D.* 415-472.1, aux pp. 420-424; J.-P. SENÉCAL, « État de la jurisprudence sur le patrimoine familial », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial (1992)*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1992, pp. 29-92, aux pp. 42-46.

et qui servent à l'usage du ménage », ainsi que « les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille ». Soulignons que le critère d'utilisation familiale n'est pas retenu en société d'acquêts, cela encore est une question de forme.

Dans le second groupe on liste « 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 provenant de ces régimes transférés à d'autres instruments d'épargne-retraite. Les normes du Code touchant ces mêmes biens en société d'acquêts sont articulées différemment, sans pour autant se distinguer fondamentalement.

14. *L'énumération des biens « non partageables »*. Toutefois pour le patrimoine familial, 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 rente ou de retraite. Le législateur précise que si les biens sont reçus par succession ou donation, ils ne seront pas pris en considération, comme il arrive aussi en société d'acquêts. Logique! Puisqu'il s'agit de donner un effet absolu à l'incidence de l'alliance conjugale 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 rente 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.

15. *Les biens propres et acquêts*. 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 onéreux[35] et cela pendant le mariage. On semble donc être confronté à des biens qui, dans le régime légal supplétif, auraient été des acquêts (a. 449). Certes, dans le patrimoine familial 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, en société d'acquêts, hormis ceux dont on peut être bénéficiaire et qui seront propres parce que considérés *intuitu personae*[36], les rentes et pensions 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 acquêts (a. 450, 4° et 451).

Ainsi donc, les biens servant de base à l'établissement de la créance égalisatrice selon la réglementation du patrimoine familial, sont bel et bien un nombre limité d'acquêts. Point de convergence essentiel pour reconnaître la nature commune des deux régimes. Par ailleurs, ces mêmes biens pourraient être loués et dans ce cas (hormis peut-être la résidence familiale) ne seront jamais pris en considération pour l'établissement de la créance égalisatrice du patrimoine familial, ni pour les créances des conjoints en société d'acquêts*.

Certes, la méthode utilisée par le législateur pour déterminer les biens servant de base à l'établissement des créances (tant celle visant l'égalité économique des conjoints selon les normes du patrimoine familial, que celles touchant la société d'acquêts) comporte des différences de forme, mais atteint une même finalité, hormis la diversité de biens servant de base à

---

35. L'utilisation répétée des termes successions et donations laisse subsister le doute quant à d'autres dispositions à titre gratuit, comme 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.

36. *Cf.* art. 450, 4° C.c.Q. et CAPARROS, 3e éd., n° 153, pp. 122-124.

* Déjà sous-presses des décisions de jurisprudence ont confirmé cette affirmation : *Cf. Droit de la famille — 3498*, J.E. 2000-153 (C.A.); *Droit de la famille — 3452*, J.E. 99-2300 (C.S.). Mais voir *contra* : *Droit de la famille — 3147*, J.E. 2000-210 (C.S.) où les automobiles louées ou acquises par la compagnie de l'époux, mais utilisées par la famille ont été incluses dans le patrimoine familial.

l'établissement des créances. Cette méthode, néanmoins, n'est pas exempte de failles. Que peut-on dire des moyens d'établir la créance égalisatrice?

B. Les moyens d'établir la créance égalisatrice

16. *Des techniques inappropriées.* 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 du patrimoine familial, le législateur utilise des techniques fort laborieuses pour arriver à cette créance. La récompense, d'utilisation généralisée en société d'acquêts, 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! N'oublions pas que la common law ignore cette technique. Ainsi, lorsque, en 1977, le législateur ontarien se voit confronté aux notions de récompenses de droit civil, il les traduit par les concepts propres à son ordonnancement. Toutefois, lors de la deuxième « traduction » (soit celle que le législateur québécois de 1989 fait, pour traduire en termes civilistes et intégrer dans le code, la loi ontarienne de 1978, déjà remplacée, mais elle-même jadis inspirée par le droit civil), comme il est souvent fréquent dans les re-traductions, le législateur québécois n'est pas revenu à ses sources et n'a pas utilisé sa propre terminologie ni les notions de son propre ordonnancement qui avaient été obscurcies par les techniques de common law.

Le législateur cherche à égaliser, par la voie d'une créance, les biens qu'il a énumérés, acquis par les époux à titre onéreux pendant le mariage. Il tâche de parvenir à ce but en rédigeant maladroitement trois articles[37], dont deux furent partiellement modifiés quelques mois après l'entrée en vigueur de la réforme introduite par la loi de 1989[38]. Ces textes, d'une lourdeur inouïe, recèlent des pièges. Il est important donc de garder à l'esprit le but — l'établissement

37. *Cf.* art. 416, 417, 418 C.c.Q., anciens a. 462.3, 462.4, 462.5 C.c.Q./89.

38. Il s'agit des anciens articles 462.3 et 462.5 C.c.Q./89, réécrits en 1990 — voir *Loi modifiant le Code civil du Québec concernant le partage du patrimoine familial et le Code de procédure civile*, L.Q. 1990, c. 18 art. 2 et 3.

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.

17. *La valeur nette des biens «partageables»: les récompenses.* 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 créance (a. 416 et 417).

Dans la réglementation des régimes matrimoniaux, notamment en société d'acquêts, nous sommes habitués à régler la question des dettes par le truchement des récompenses exigées, lorsque les dettes ont été contractées au profit des propres (a. 478), ou non exigées, lorsqu'il s'agit d'impenses pour l'entretien ou la conservation du bien (a. 477), en respectant toujours le principe *ubi emolumentum, ibi onus*[39], soit que le passif doit suivre l'actif. 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, malgré les apparences, 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, un autre point important de convergence, même si, dans la fastidieuse réglementation du patrimoine familial, il y parvient par une méthode bâtarde.

---

39. Là où est l'émolument (le profit), là doit être la charge; pour d'autres explications *cf.* A. MAYRAND, *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, p. 282.

18. *La valeur partageable : la masse des propres et des acquêts.* Une fois les dettes prises en considération (ce qu'on peut aussi appeler le règlement des récompenses ou l'établissement de l'équilibre statique), 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 gratuit (a. 418,1)[40]. 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 alambiquée[41] employée pour le traitement des dettes a ici un impact d'enrichissement sur 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 ou récompense. 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*. L'analogie est de mise au sein d'un code notamment lorsque les institutions juridiques partagent la même nature. Elle ne semble 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 possédés 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.

19. *La plus-value des biens : l'évaluation de l'enrichissement.* Il est aussi évident que, dans son désir de ne prendre en considération, pour l'établissement de la créance égalisatrice,

---

40. Notons qu'on n'emploie jamais cette expression générale; on parle toujours plutôt de successions et donations.

41. *Cf.* C.P. PRÉMONT, « L'article 418 C.c.Q. : problème insoluble pour le praticien? », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial (1996)*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, pp. 155-181.

* *Cf.* dans ce sens *D* c. *C*, [1999] R.L. 83 (C.S. 1996), publié lorsqu'on était déjà sous presses.

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 filandreux que les précédents (a. 418, 2).

Encore ici, la réglementation de la société d'acquêts concernant l'évaluation de l'enrichissement dans le contexte des récompenses (a. 475, 476) aurait pu inspirer avantageusement le législateur. Elle peut aussi nous guider dans l'interprétation afin d'établir que, malgré la méthode inadéquate et précisément à cause de cette méthode, il faut savoir éviter le piège de regarder le Code comme une loi de common law[42] 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 évalue le bien au moment de la liquidation, en tenant compte non seulement de la plus-value, mais logiquement, aussi de la diminution de valeur[43].

20. *Le « partage » égal.* Le législateur dispose que la valeur obtenue à la suite des « exclusions (soit les propres) et déductions (soit les récompenses) » est divisée par le tribunal à parts égales entre les conjoints (a. 416), 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 injustice (a. 422). 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 norme, ce

42. *Cf.* J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 17, pp. 53-54.

43. *Cf.* dans ce sens : CIOTOLA, n° 113, p. 78; BURMAN/PINEAU, 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).

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 entre la valeur de ses biens et la moitié de cette « valeur partageable ». C'est là la créance égalisatrice à laquelle aboutit, en fin de compte, le patrimoine familial. Ce sont aussi des créances qui s'établissent désormais en société d'acquêts pour les biens qui ne seront pas pris en considération comme base de calcul pour celle du patrimoine familial (a. 481).

21. *Conclusion.* On peut constater, au terme de ce rapide survol comparant les contours du patrimoine familial et la société d'acquêts, que nous sommes confrontés à un ensemble de normes qui ne touchent pas le moindrement le 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'alliance conjugale sur les biens à la fin du mariage. Cette incidence est limitée, dans la réglementation du patrimoine familial, 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 ou de la vie commune, les époux doivent partager ces bénéfices afin d'atteindre l'égalité économique par rapport à cette parcelle de biens. Les autres biens acquêts seront pris en considération pour la liquidation de la société d'acquêts.

Le patrimoine familial, cette institution nouvelle dans un système codifié, n'est pas, par ailleurs, sans créer des problèmes dont l'un, et non 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. Toutefois, cet essai de classification ne peut être, pour l'heure, que préliminaire, puisque nous le faisons à la lumière des seuls points de convergence. La synthèse qui prendra place après l'étude des points de divergence, nous permettra de fermer la boucle.

C. Un essai préliminaire de classification

22. *Les critères intrinsèques*. Intrinsèquement, le patrimoine familial apparaît comme un régime matrimonial de participation aux bénéfices de l'alliance conjugale, que de façon impropre le Code appelle partage, fort semblable à la société d'acquêts, sous réserve des différences concernant les biens qui serviront à établir la 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*.

23. *Les critères extrinsèques*. Si intrinsèquement, sa nature est celle d'un régime matrimonial de participation aux bénéfices de l'union conjugale, il convient maintenant de le considérer extrinsèquement, dans le contexte des régimes matrimoniaux.

Dans la doctrine classique, la réglementation des régimes matrimoniaux a pour objet, l'incidence de l'alliance conjugale sur les biens des époux. Elle se manifeste plus spécifiquement à la fin du régime, même si les droits-fonctions ainsi que le sort des biens peuvent aussi être touchés pendant le mariage. Toutefois, en parallèle avec la mise en place de l'égalité des époux et des techniques de coordination, s'est généralisée la tendance législative cherchant à améliorer la réglementation des effets du mariage par des normes plus complètes concernant les besoins quotidiens des époux et de la famille.

C'est ainsi que par leur objet les régimes matrimoniaux dans un sens large[44] peuvent être appelés (selon une terminologie généralement acceptée[45]), soit des **régimes primaires**, soit des **régimes secondaires**. Les premiers ayant pour objet le quotidien des familles, les seconds le sort des biens pendant et, surtout, à la fin du régime. Ces derniers, les régimes secondaires, étant normalement divisés en légaux et conventionnels.

Le patrimoine familial ne correspond pas à la définition du régime primaire, comme il a déjà été précisé plus haut (*supra*, n°s 7-10). 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 la famille, comme les biens réservés[46], qui étaient aussi impératives 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 mariées[47], soit à des

44. *Cf. supra*, n° 6.

45. *Cf.* J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 8, pp. 60, 111-112 et *passim*; Cl. RENARD, *op. cit.*, note 8; J.G. RENAULT, *loc. cit.*, note 8, n°s 116-129, pp. 71-101; CORNU, pp. 16, 81-82; MALAURIE/AYNÈS, n°s 16-17, pp. 16-17, 35; L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3e éd., Louvain-la-Neuve, Cambay, 1986 [RAUCENT], n°s 31-32, pp. 45-46.

46. *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.

47. *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). Depuis les changements politiques dans l'Europe de l'est, la Roumanie conserve son régime légal impératif (*Cf.* O. CAPATINA, « Roumanie », *J.-C. D.C.*, 8, 1995, n° 121, p. 18), alors que depuis 1986, en Hongrie les époux peuvent faire des contrats de mariage, le régime légal n'étant plus impératif (*Cf.* E. WEISS, « Hongrie », *J.-C. D.C.*, 8, 1998, n° 27, p. 10).

personnes dans certaines circonstances[48]. On ne songe pas non plus pour autant, à le qualifier comme régime primaire[49].

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.

Ainsi, les deux régimes (patrimoine familial et société d'acquêts) font partie de la même espèce des régimes secondaires, les régimes légaux.

24. *Impact sur le Droit international privé.* 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 ». Traditionnellement, les « effets du mariage » ne comprennent que les conséquences du mariage sur les personnes des époux (nationalité, domicile, etc.) ainsi que l'impact que les exigences du quotidien des familles pouvait avoir sur leurs biens (notamment les charges du mariage, la solidarité, la résidence familiale, soit les questions réglées par le régime primaire *stricto sensu*). Ainsi, en accord avec la qualification proposée par les professeurs Burman, Pineau, Talpis et Glenn, et puisque le patrimoine familial est un régime matrimonial, il sera plutôt régi par l'article 3123 puisque : « Le régime matrimonial des époux qui se sont mariés sans passer de conventions matrimoniales est régi par la loi de leur domicile 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. La confusion vient peut-être du fait que les régimes matrimoniaux, tout régime matrimonial, est aussi un effet du mariage, car il n'existe qu'entre gens mariés et normalement à compter

48. 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 47, p. 23).

49. Pour d'autres arguments dans le même sens, voir BURMAN/PINEAU, n° 20, pp. 27-28; J.A. TALPIS, *loc. cit.*, note 22, n° 33, p. 163; P.H. GLENN, *loc. cit.*, note 20.

du mariage, mais on a toujours distingué entre les « effets du mariage », *stricto sensu*, comme ils viennent d'être décrits (qui eux sont assujettis à la règle de conflit de l'article 3089), et le régime matrimonial qui vise le fonctionnement patrimonial de la famille. C'est dans cette catégorie que doit se situer le patrimoine familial et c'est alors l'article 3123 qui établit la règle de conflit applicable.

25. *Conclusion*. On constate ainsi que, tant le patrimoine familial que la société d'acquêts sont des régimes de participations aux bénéfices de l'union conjugale par l'établissement d'une créance. Cette créance vise dans la réglementation du patrimoine familial à égaliser des patrimoines d'acquêts de conjoints, spécifiquement désignés, alors que la société d'acquêts donne ouverture à deux créances réciproques ou croisées, chacune pour la moitié des acquêts de l'autre conjoint. Une fois les points de convergence soulignés, il convient de se centrer sur les divergences.

CHAPITRE II. LES POINTS DE DIVERGENCE

26. *Introduction*. Pour mieux mettre en évidence les divergences entre les deux régimes, il s'avère utile à l'occasion de les rapprocher des convergences. Toutefois, l'étude des divergences facilitera la compréhension des caractéristiques propres à chacun. En outre, la jonction des convergences et des divergences, qui arrivera par voie de synthèse au chapitre III, permettra de qualifier chaque régime selon sa propre physionomie.

Dans le présent chapitre, l'étude des divergences sera faite sous trois angles : celles touchant l'autonomie de la volonté (section 1); celles concernant la méthodologie juridique (section 2); enfin il faudra qualifier ces divergences en réelles et apparentes (section 3).

SECTION 1. DIVERGENCES TOUCHANT L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

27. *Introduction*. La divergence la plus marquante entre les deux régimes se situe, sans l'ombre d'un doute, dans l'attitude totalitaire du gouvernement qui, en 1989, a mis en vigueur

une loi portant une atteinte fort sérieuse à l'autonomie de la volonté, dans un domaine où le sens commun exige le respect de la diversité. Ce « modèle de régime de biens imposé par l'État à tous les époux », a été qualifié comme « le "costume Mao" des biens »[50].

Dans le but de mieux comprendre cette divergence, il sied, dans un premier temps de revenir et de situer, dans le contexte des critères de classification relatifs à l'autonomie de la volonté, les trois modalités principales des régimes matrimoniaux secondaires (A), afin de se pencher par la suite sur l'impact de l'intervention du législateur sur l'autonomie de la volonté (B).

A. Les trois modalités principales des régimes matrimoniaux secondaires

28. *Paramètres.* Il convient de préciser les expressions régime légal impératif, régime légal supplétif et régime conventionnel. Elles recouvrent des notions apportant des nuances à la terminologie utilisée régulièrement en doctrine. Elles sont apparues auparavant (*supra*, n° 6) mais il sied de les étudier plus en détail. Ainsi, chacune d'elles fera l'objet d'un développement succinct.

29. *Un régime légal impératif.* Il s'agit d'une notion qu'il a fallu adopter au Québec depuis 1989 et qui, à la rigueur, n'est pas nécessaire ailleurs. En effet, dans les quelques pays où le régime légal est impératif[51], comme il occupe toute la place, qu'il n'y a pas de régimes légaux supplétifs et qu'en principe les régimes conventionnels peuvent s'en trouver totalement exclus, il est inutile de le distinguer ce régime légal impératif ou de le nuancer par rapport à d'autres catégories de régimes matrimoniaux secondaires, alors inexistants.

---

50. J. PINEAU, « L'ordre public dans les relations de famille », (1999) 40 *C. de D.* 323-344, à la p. 334. Guillemets dans l'original.

51. *Cf. supra*, note 47 pour des pays possédant un régime matrimonial légal impératif : Argentine, Albanie, Bulgarie, Cuba et Roumanie.

C'est ainsi qu'une telle expression n'apparaît pas dans les vocabulaires ou dictionnaires juridiques. Le doyen Cornu l'ignore, car elle n'a pas de raison d'être dans l'ordonnancement juridique dans lequel s'enracine son *Vocabulaire juridique*[52]. Le professeur Reid, de son côté, ne sent pas le besoin de l'utiliser puisque, se laissant porter par un courant doctrinal qui n'a pas perçu la véritable nature du patrimoine familial[53], il qualifie ce régime comme régime primaire[54].

Il s'agit pourtant d'une qualification qui est de mise si on veut comprendre la nouvelle réglementation québécoise des régimes matrimoniaux. Puisque le Code le dit explicitement (a. 391 et 423, 1), personne peut mettre en doute le caractère **impératif** du patrimoine familial. Il a déjà été établi qu'il s'agit d'un régime matrimonial secondaire (*supra*, n°s 5-11; 22-24) et que le caractère **impératif**, ne modifie point cette qualification[55].

Est-ce pour autant un régime **légal**? Tout le monde s'entend également pour reconnaître (qui pourrait dire le contraire en présence de l'article 414 dans le contexte de l'article 391), que le patrimoine familial **s'applique à tous les époux, lors du mariage par le seul effet de la loi**. C'est là l'élément principal de la définition du régime légal, bien qu'il soit toujours présenté par opposition aux régimes conventionnels et applicable seulement en l'absence de ces derniers[56]. Il ne semble pas que le patrimoine familial perde pour autant sa nature de régime légal du fait qu'il est surimposé à tous les régimes (légal supplétif et conventionnel) excluant toute convention par rapport aux biens qu'il affecte.

---

52. G. CORNU (dir.), *op. cit.*, note 4, V° RÉGIME *III*, p. 714.

53. J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 17, pp. 13-14; CIOTOLA, n° 1, p. 21, n° 4, p. 23, n° 58, p. 52; CIOTOLA/GAGNON, n° 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 (C.A.).

54. H. REID, *op. cit.*, note 4, V° **Régime primaire**, p. 486.

55. P.H. GLENN, *loc. cit.*, note 20, pp. 667-880, n° 21, p. 693, met en évidence que l'Italie imposait autrefois des règles obligatoires pour tout régime matrimonial qui, malgré leur caractère obligatoire, avaient été qualifiées par la jurisprudence française comme régime matrimonial.

56. *Cf.* G. CORNU, *op. cit.*, note 4, RÉGIME **légal*, p. 714; H. REID, *op. cit.*, note 4, V° **Régime légal**, p. 486.

La parution du patrimoine familial nous force donc à « enrichir » la classification des régimes matrimoniaux afin de lui faire une niche logique. Puisqu'il s'agit bel et bien d'un **régime matrimonial secondaire** (*supra*, n°s 5-11), puisqu'il s'applique aux époux par le seul effet de la loi (**légal**) et enfin puisqu'il s'applique obligatoirement à tous les époux (**impératif**), on est nécessairement en présence d'un **régime matrimonial secondaire légal impératif**. Cela demande aussi que l'on précise davantage la notion de régime légal en qualifiant de supplétif l'autre espèce du régime matrimonial secondaire.

30. *Un régime légal supplétif.* Généralement le régime légal était toujours supplétif, puisqu'il ne s'appliquait qu'aux époux qui n'avaient pas fait au préalable un contrat de mariage. Néanmoins, on ne sentait pas le besoin d'utiliser le qualificatif « supplétif », car cela allait de soi. Au Québec l'article 432, et ses « ancêtres »[57], précisent toujours que ce régime légal est supplétif, les époux pouvant organiser leurs relations patrimoniales dans la plus grande liberté, en autant qu'ils respectaient les dispositions impératives de la loi, l'ordre public et jadis aussi les bonnes mœurs. Une réglementation semblable existe dans les ordonnancements juridiques qui respectent l'autonomie de la volonté, soit la presque totalité des pays de droit codifiés et, par d'autres voies, les pays de common law.

Toutefois, dans le cas du Québec cette liberté s'est considérablement amenuisée lors de l'introduction du patrimoine familial. Elle demeure encore, néanmoins, pour les biens résiduaires. De là vient que l'autre régime légal (actuellement la société d'acquêts) doive être qualifié de régime légal **supplétif**, car ce régime légal ne s'appliquera, comme auparavant, qu'en l'absence de contrat de mariage. En outre, l'objet de ce champ de liberté des époux s'est rétréci comme une peau de chagrin; en effet, il se limite au résidu des biens, soit ceux qui n'entreront pas dans la liquidation du patrimoine familial, si jamais les époux en ont. Il est encore possible,

57. *Cf.* a. 464 C.c.Q./80, 1260 C.c.B.C. dans ses deux versions : 1866-1969 (alors que le régime légal était la communauté de meubles et acquêts) et 1970-1981 (régime légal, la société d'acquêts).

malgré tout et bien que de façon fort limitée, d'établir aussi un régime conventionnel.

31. *Un régime conventionnel.* Comme son appellation l'indique, il s'agit, par opposition au régime légal, de celui qui est choisi par les époux en respectant les exigences de forme de leur ordonnancement juridique. Au Québec, comme dans la plupart des pays de droit codifié, il s'adopte par contrat de mariage notarié en minute (a. 440). Jusqu'à la réforme du Code en 1989, ce contrat réglait le sort de l'ensemble des biens des conjoints, sous réserve de l'incidence qu'exerçait sur les biens des époux le régime primaire *proprio sensu*, depuis 1981. Désormais, les contrats de mariage peuvent toujours être signés, mais le régime conventionnel qu'ils détermineront ne sera applicable qu'aux biens que nous avons appelés résiduaires. Hormis les cas des personnes qui ont réussi, dans les quelques mois qui ont suivi la mise en vigueur de la loi de 1989, à faire une nouvelle manifestation de volonté afin d'exclure l'application des dispositions concernant le patrimoine familial.

Il convient de voir maintenant l'impact de cette intervention législative de 1989 sur l'autonomie de la volonté.

B. L'impact de l'intervention du législateur sur l'autonomie de la volonté

32. *Paramètres.* L'intervention du législateur en 1989 imposant à tous les époux québécois « le "costume Mao" des biens »[58], affecta aussi bien les conjoints qui à l'époque avaient déjà choisi un autre « costume », parce qu'ils avaient manifesté explicitement leur volonté par le choix d'un régime conventionnel, que ceux qui s'étaient soumis implicitement, d'une façon plus ou moins consciente, au régime légal supplétif. Pour ces personnes, le législateur avait prévu une porte de sortie, pas trop large de surcroît. En revanche, depuis le 1er juillet 1989, plus personne ne peut se libérer du joug du patrimoine familial.

58. J. PINEAU, *loc. cit.*, note 50, à la p. 334. Guillemets dans l'original.

33. *L'imposition d'un régime malgré une volonté formellement manifestée.* En 1989, au moment où cette réforme du *Code civil du Québec* entre en vigueur, des personnes mariées cette année-là, 24,35 %, soit 8 111 couples, choisissaient la séparation de biens, un autre 5,52 %, soit 1 840 couples, optaient conventionnellement pour la société d'acquêts et un très léger pourcentage (0,04 %), soit 15 couples, adoptaient la communauté de biens aussi par la voie contractuelle. Quant aux couples mariés auparavant, il n'est pas facile de déterminer le nombre qui, ayant choisi ces régimes dans les années précédentes, les maintenaient toujours ou étaient encore mariés[59]. Quoi qu'il en soit du nombre, ces personnes avaient choisi explicitement lors de leur mariage, ou à une date ultérieure, la séparation de biens pour des raisons qui pouvaient être tout à fait valables (comme par exemple, un second mariage, des conjoints exerçant tous les deux un travail rémunéré, ou possédant des biens importants) et qui ne cherchaient point à provoquer dans l'avenir un déséquilibre économique. D'autres avaient, aussi explicitement, préféré personnaliser le régime légal supplétif ou adopter la communauté. Malgré le choix formel et formaliste (par acte notarié en minute) de ce groupe représentant presque 30 % des gens qui se sont mariés en 1989, le législateur a imposé un cadre patrimonial différent de celui choisi. Il les a forcés à abandonner leur propre costume fait sur mesure pour adopter le « costume Mao » des biens.

34. *L'imposition d'un régime en présence d'une volonté implicitement manifestée.* Une situation semblable s'est aussi produite chez les gens mariés en 1989 qui, par l'effet de l'application du régime légal supplétif, étaient en société d'acquêts (70,07 %, soit 23 339 couples)[60]. Encore ici, les données statistiques ne permettent point de savoir combien, parmi les gens soumis à ce régime et mariés dans les années précédentes, le demeuraient encore. Le raisonnement qu'on vient de présenter pour les personnes ayant choisi un régime

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

60. *Cf. Ibid.*

par voie contractuelle (la séparation de biens aussi bien que la société d'acquêts ou la communauté) peut aussi éclairer la situation de ce 70 % de la population mariée sans contrat. Il est impossible de connaître le nombre qui avait renoncé à faire un contrat après étude et choix réfléchi, bien qu'implicite, du régime légal supplétif. Même si la volonté des conjoints ne s'était manifestée qu'implicitement, elle avait été néanmoins affirmée. Le législateur, face aussi à ces expressions de volonté, a préféré l'imposition de sa propre volonté, la substituant à celles des conjoints. Encore là c'est l'uniformité, le « costume Mao » qui fut à la mode. Mais avec la particularité cependant que, contrairement aux modes qui ne sont « imposées » que par la pression sociale, l'imposition législative étant absolue ou presque, le client n'avait aucun choix.

35. *La possibilité de se libérer de l'imposition légale.* En effet, déjà le Document gouvernemental de consultation, dans le contexte de la proposition d'un patrimoine familial impératif, reconnaissait en ces termes l'opportunité d'une mesure transitoire pour les gens déjà mariés, : « [...] pour éviter une trop grande entorse aux principes de la liberté des conventions des époux, il est nécessaire de leur offrir la possibilité de s'en dégager; **un délai de trois ans apparaît comme raisonnable** »[61]. Toutefois, entre la date de ce document (juin 1988) et celle de la présentation du Projet de loi 146 (15 mai 1989) le délai fut réduit de moitié, puisqu'il ne sera plus que de dix-huit mois[62]. Ainsi, le premier alinéa de l'article 42 de la Loi se lisait, et se lit toujours : « Les articles 462.1 à 462.13 du Code civil du Québec [il s'agit bien sûr du C.c.Q./89] relatifs au

61. *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., à la p. 18. Nous soulignons.

62. *Cf. Projet de loi 146*, Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux, 2e sess., 38e lég., présenté par madame Monique Gagnon-Tremblay, ministre déléguée à la Condition féminine le 15 mai 1989, É.O.Q., 1989, a. 46, finalement retenu par la loi sanctionnée, *cf. 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, a. 42, 1.

patrimoine familial des époux sont applicables aux époux mariés avant l'entrée en vigueur desdits articles, **à moins qu'ils ne manifestent, dans les dix-huit mois de leur entrée en vigueur, par acte notarié ou par une déclaration judiciaire conjointe** faite au cours d'une instance en divorce, en séparation de corps ou en nullité de mariage dont il est donné acte, **leur volonté de ne pas y être assujettis en tout ou en partie**. Cet acte notarié doit être inscrit au registre central des régimes matrimoniaux à la diligence du notaire instrumentant »[63]. Toutefois, aussi bien le Projet de loi[64] que la Loi sanctionnée[65] ferment la porte à l'exclusion, par acte formel et formaliste, du partage des gains inscrits dans le cadre du Régime des rentes du Québec ou d'autres programmes semblables.

Certes, les dispositions transitoires prévoient aussi que les articles du patrimoine familial ne s'appliqueront point à deux autres groupes de gens mariés avant l'entrée en vigueur de la loi, à savoir :

1) aux époux qui, avant le 15 mai 1989 [il s'agit de la date de la présentation du Projet de loi], avaient **cessé de faire vie commune**, à condition qu'ils aient **réglé les conséquences de leur séparation par une entente**, qui n'avait pas besoin d'être écrite, et qu'ils **n'aient pas repris la vie commune** depuis[66] ; la reprise de la vie commune chez des conjoints séparés étant toujours considérée comme une manifestation externe de la réconciliation[67] ;
2) aux époux en instance de séparation de corps, divorce ou nullité de mariage dont les demandes avaient été introduites avant le 15 mai 1989[68].

Ces trois avenues, celle ouverte aux époux afin qu'ils puissent manifester leur volonté de ne pas être assujettis aux

63. *Ibid.* Nous soulignons.
64. *Cf. Projet de loi 146, op. cit.*, note 62, a. 46 *in fine*.
65. *Cf. Loi modifiant le..., op. cit.*, note 62, a. 42, 4.
66. *Cf. Id.*, a. 42, 2.
67. *Cf. Droit de la famille — 3219*, [1999] R.D.F. 109 (C.S.).
68. *Cf. Loi modifiant le..., op. cit.*, note 62, a. 42, 3.

dispositions impératives[69], ou celles envisagées par le législateur pour exclure les époux de ces mêmes normes dans des circonstances spécifiques, ont eu un certain effet boomerang, ouvrant la porte à des litiges nombreux[70], frisant dans certains cas l'abus de procédure, quand ce n'était pas constitué par des désistements voilant à peine la fraude[71]. Néanmoins, il ne sied pas de procéder ici à l'étude de ces questions.

36. *L'imposition d'un régime préalable à toute manifestation de volonté.* Ainsi, le législateur dans un but « d'éviter une trop grande entorse aux principes de la liberté des conventions des époux »[72] avait prévu les normes du droit transitoire que nous venons d'évoquer. Toutefois, il ne respecte l'autonomie de la volonté que pour le passé. Pour l'avenir, le patrimoine familial est impératif et il ne se soucie guère de l'entorse réelle à

---

69. La loi ayant entré en vigueur le 1er juillet 1989 le délai a pris fin le 31 décembre 1990. A. COSSETTE informe que, entre juillet 1989 et le 21 avril 1991, le registre central des régimes matrimoniaux avait reçu 59 334 avis, transmis par des notaires, d'actes signés par des couples qui s'étaient accueillis à cette disposition et avaient manifesté leur volonté de ne pas être assujettis aux normes concernant le patrimoine familial, voir *loc. cit.*, note 59, pp. 537 et 541. Se trouve incluse dans ce nombre la ministre déléguée à la Condition féminine d'alors, elle aussi notaire, qui avait parrainé le projet de loi et exercé son droit de ne pas se soumettre à « sa » loi. Curieux! *Cf. Droit de la famille — 1364*, [1991] R.D.F. 62 (C.S.); *Droit de la famille — 1411*, [1993] R.J.Q. 465 (C.A.), infirmant [1991] R.J.Q. 1889 (C.S.).

70. *Cf.* par exemple, *Droit de la famille — 840*, [1990] R.J.Q. 1565 (C.S.), appel rejeté. 1993-02-05; *Droit de la famille — 844*, [1990] R.J.Q. 1580 (C.S.); *Droit de la famille — 967*, [1991] R.D.F. 141 (C.S.); *Droit de la famille — 997*, [1991] R.D.F. 327 (C.S.); *Droit de la famille — 999*, [1991] R.J.Q. 1651 (C.S.); *Droit de la famille — 1298*, [1990] R.D.F. 98 (C.S.); *Droit de la famille — 1317*, [1990] R.D.F. 272 (C.S.); *Droit de la famille — 1353*, [1990] R.D.F. 579 (C.S.); *Droit de la famille — 1384*, [1991] R.D.F. 177 (C.S.), désistement d'appel, 1991-09-27; *Droit de la famille — 1403*, [1991] R.J.Q. 1674 (C.S.) appel accueilli en partie, 1995-01-24, C.A.M. n° 500-09- 001133-917, inédit; *Droit de la famille — 1410*, [1991] R.D.F. 295 (C.S.).

71. *Cf.* par exemple, *Droit de la famille — 713*, [1990] R.J.Q. 2115 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, 1991-01-17 (n° 22081); *Droit de la famille — 865*, [1992] R.D.F. 650 (C.A.); *Droit de la famille — 1521*, [1992] R.D.F. 33 (C.A.); *Droit de la famille — 704,* [1989] R.J.Q. 2544 (C.S.) (j. C. BERGERON); *Droit de la famille — 704* [**bis**], [1990] R.J.Q. 1897 (C.S.) (j. J. ALLARD), désistement d'appel, 1990-12-10; *Droit de la famille — 712*, [1989] R.J.Q. 2709 (C.S.) désistement d'appel, 1989-12-06; *Droit de la famille — 715*, [1989] R.J.Q. 2762 (C.S.), appel déserté, 1992-05-28; *Droit de la famille — 746*, [1990] R.J.Q. 199 (C.S.), désistement de l'appel 1991-03-08; *Droit de la famille — 764*, [1990] R.D.F. 123 (C.S.); *Droit de la famille — 821*, [1990] R.J.Q. 1373, appel accueilli 1991-10-23, C.A.M. n° 500-09-000580-902, inédit; *Droit de la famille — 1317*, [1990] R.D.F. 272 (C.S.).

72. *Les droits économiques des conjoints*, *op. cit.*, note 61, p. 18.

l'autonomie de la volonté. Il est surprenant qu'on n'ait pas évalué l'impact que l'imposition du régime légal impératif à tous les futurs conjoints eut pu avoir sur le tissu social et éventuellement sur la diminution du nombre des mariages[73]. Pourtant, le Document gouvernemental de consultation avançait une telle hypothèse sous l'angle de l'imposition d'un régime légal unique de société d'acquêts[74]. On n'a pas ainsi perçu que, à toutes fins utiles, pour la grande majorité des couples mariés, la différence entre l'imposition d'un régime légal **unique** de société d'acquêts ou celle du régime légal impératif, le patrimoine familial, est plus théorique que réelle, puisque les biens résiduaires (ceux qui ne seront pas touchés par le régime légal impératif), n'existeront point.

En outre, le législateur ne s'est pas attardé non plus à réfléchir aux conséquences de la surimposition du patrimoine familial sur les autres régimes qui étaient alors de partage de biens (notamment le régime légal supplétif, la société d'acquêts, et les communautés), ni sur les effets de la transformation de la société d'acquêts en un régime de participation aux bénéfices de l'union conjugale par la voie d'une créance. La liquidation de ces régimes a été profondément bouleversée et compliquée sans que cela conduise à une amélioration de la situation économique des conjoints.

37. *Conclusion.* L'une des grandes pertes que peut subir l'être humain est celle de sa liberté et de son autonomie, encore davantage lorsque les raisons invoquées sont insuffisantes ou carrément erronées. C'est en effet sur l'autel du divorce imprévu et de son impact sur les épouses mariées contractuellement en séparation de biens et sans activité professionnelle rémunérée, que l'autonomie de la volonté des futurs époux et leur liberté des conventions matrimoniales ont été

---

73. *Cf.* F. PELLETIER, « J'me marie, j'me marie pas », *La Presse*, Montréal, 27.05.1989, p. B-3. Mentionnons aussi, à titre de renseignement anecdotique, qu'en octobre 1989, alors que le Congrès annuel de la Société canadienne de droit canonique se tenait à Québec, le thème proposé d'un atelier était l'impact du Projet de loi 146. À la question sur la pertinence d'un tel thème dans un tel congrès on a répondu que les Chancelleries de plusieurs diocèses du Québec avaient reçu des appels demandant si on pouvait célébrer un mariage canonique sans effets civils, puisque les futurs époux ne voulaient pas se soumettre au patrimoine familial.

74. *Les droits économiques des conjoints*, *op. cit.*, note 61, p. 16

sacrifiées. Et pourtant, il s'agissait bien en 1989 d'une problématique obsolète[75].

Néanmoins, le législateur réussit, par la question de l'autonomie de la volonté à différencier les deux régimes. Par ailleurs, il utilise aussi une méthodologie juridique bien différente.

SECTION 2. LES DIVERGENCES RELATIVES À LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

38. *Introduction*. La méthodologie juridique suivie par le législateur de 1989 diffère très sérieusement de celle de ses prédécesseurs de 1969 et 1979. En effet, les réformes antérieures des régimes matrimoniaux ne pouvaient pas être qualifiées de parfaites, mais les rédacteurs avaient quand même fait preuve d'un grand souci de précision méthodologique, conceptuelle et terminologique. Malheureusement, en 1989 le législateur se démarque. Il localise son régime matrimonial légal impératif, le patrimoine familial, à l'extérieur du chapitre sur les régimes matrimoniaux et il utilise des concepts et une terminologie étrangers à l'ordonnancement codifié. Il y a donc à cet égard des divergences importantes entre le patrimoine familial et la société d'acquêts. Les conséquences de la localisation des normes dans le Code (A) seront étudiées en premier lieu. Les séquelles d'une conceptualisation étrangère à notre ordonnancement (B) retiendront ensuite notre attention. Enfin, il conviendra de s'attarder aux suites de la terminologie étrangère à l'ordonnancement (C).

A. Les conséquences de la localisation des normes dans le Code

39. *Un choix discutable*. On ne peut pas mettre en cause le choix du Livre deuxième, « De la famille », ni du Titre premier « Du mariage » pour localiser les régimes matrimoniaux. On

75. *Cf.* pour une critique approfondie : D. BURMAN, *loc. cit.*, note 17.

peut néanmoins se demander dans quel chapitre il serait intellectuellement préférable de situer le patrimoine familial. Il est possible de présumer que le législateur de 1989 a fait son choix d'insérer la section sur le patrimoine familial au Chapitre IV, « Des effets du mariage », plutôt qu'au Chapitre V, « Des régimes matrimoniaux », par son souci de le rendre impératif. Ainsi, par le seul effet de l'article 391, qui commence le Chapitre IV, le régime devenait impératif de façon incontournable. Mais nul n'est besoin de situer une institution juridique sous l'égide de l'article 391 pour la rendre obligatoire ou impérative. En 1931 les normes réglementant les biens réservés avaient été intégrées dans le *Code civil du Bas Canada* (a. 1425a) au chapitre sur la communauté et rendues impératives ou d'ordre public. C'est ainsi que le choix du législateur de localiser une norme dans un chapitre ou dans un autre ne modifie pas pour autant la nature de la norme. Néanmoins, un certain nombre d'interprètes de la première heure, dont l'opinion fit tache d'huile, ont accordé une importance absolue à la localisation, ce qui équivaut à affirmer que *« l'habit fait le moine »*. D'autres, en revanche, dont nous sommes, préféreraient qu'on se penche sur la nature de l'institution et qu'on donne priorité à la nature sur sa localisation considérant préférable *« d'habiller le moine »*.

40. *La priorité à la localisation ou quand « l'habit fait le moine »*. Se replier sur le fait que le législateur a « rangé » le patrimoine familial dans le chapitre sur les effets du mariage afin de le qualifier comme régime primaire[76], on l'a déjà vu (*supra* n° 9), n'est pas intellectuellement satisfaisant. Certes, la localisation d'articles dans un Code peut aider lors de l'interprétation, si elle est requise, mais ne peut pas l'emporter sur la nature de l'institution. De toute évidence, toutes les institutions chapeautées par l'article 391 au chapitre sur les effets du mariage, sont d'ordre public, dans le sens précis qu'on ne peut point les écarter de façon contractuelle. Cela ne veut pas dire pour autant que chacune des dispositions soit applicable toujours à tous les époux, ni

76. *Cf.* J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 17, pp. 13-14; CIOTOLA, n° 1, p. 21, n° 4, p. 23, n° 58, p. 52; CIOTOLA/GAGNON, n° 38, p. 335. La même affirmation a été faite par des tribunaux, notamment, dans *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 (C.A.).

que toutes ces institutions, ou les articles les réglementant, fassent partie du régime primaire. L'exemple de la prestation compensatoire est ici fort pertinent : les époux ne peuvent pas l'écarter contractuellement à cause de l'article 391, mais ce caractère d'ordre public ne la rend pas pour autant d'application universelle, puisqu'elle ne sera accordée qu'à des conditions spécifiques[77] ; il n'est donc pas un régime primaire. En plus, depuis 1989, le Code permet aux époux de s'entendre afin de procéder à des paiements anticipés, acompte d'une éventuelle prestation compensatoire (a. 430, ancien a. 462.17 C.c.Q./89).

Il n'y a pas de doute que le patrimoine familial soit impératif et qu'il constitue une des sections du chapitre intitulé « Des effets du mariage », mais cela ne nous impose point une direction unique ni déterminante pour le qualifier. En effet, attribuer à une institution juridique sa nature par sa localisation dans le Code est effectivement prétendre que *« l'habit fait le moine »*. Or, il est bien évident que la réalité est différente.

On peut se demander alors pourquoi le législateur de 1989 a situé le patrimoine familial dans ce chapitre. La réponse plausible et logique est que pour le rendre impératif, il n'a pas su mieux faire que de le placer sous l'égide de l'article 391 et l'insérer au Chapitre IV « Des effets du mariage », comme le législateur de 1980 avait fait, en partie du moins, pour la prestation compensatoire[78]. Il aurait pu néanmoins intégrer le patrimoine familial au Chapitre V « Des régimes matrimoniaux », tout en le rendant impératif, technique qui existait pourtant dans notre ordonnancement depuis 1931. En effet, le début de l'ancien article 1425a se lisait : « Sous tous les régimes, et à peine de nullité de toute convention au contraire [...] ». Aurions-nous été trop durs envers le législateur en justifiant le mauvais choix de localisation par l'ignorance[79] d'une technique juridique bien établie?

77. *Cf. M.E.M.* c. *P.L.*, [1992] 1 R.C.S. 183; *S.P.* c. *M.R.* [1996] 2 R.C.S. 842.

78. *Cf.* CAPARROS, 3e éd., nos 74-78, pp. 62-66.

79. *Cf.* E. CAPARROS, « Le patrimoine familial québécois : une qualification difficile », *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 51-69, n° 3, p. 54.

Il ne semble pas, si on en juge par les propositions du Barreau du Québec[80], promouvant cette réforme, qui utilisait une procédure de recyclage des déchets du législateur ontarien, en proposant ce que l'Ontario avait déjà rejeté.

Cela ne veut pas dire pour autant qu'on doive se méfier de toute localisation dans le Code, mais plutôt qu'on doit chercher la véritable nature de l'institution et sa concordance avec la localisation précise. Ainsi, si la nature de l'institution ne correspond point à son accident de localisation, alors c'est la nature qui doit prévaloir. C'est de cette façon « qu'*on habille le moine* ».

41. *La priorité à la nature de l'institution juridique ou « quand on habille le moine »*. Il a déjà été établi que la fin du patrimoine familial est la participation aux bénéfices de l'union conjugale, soit la fin de l'une des familles des régimes matrimoniaux secondaires et que son objet est celui de régler le sort de certains biens principalement à la fin de l'union conjugale, objet correspondant aussi à celui des régimes secondaires. Il ne sied pas, par ailleurs, de revenir sur les nuances apportées précédemment (*supra*, n°s 22-23) concernant la nature du patrimoine familial. Puisqu'il s'agit effectivement d'un régime secondaire légal bien qu'impératif, sa nature ne peut pas être modifiée du fait que le législateur l'ait situé à une enseigne différente, notamment au chapitre sur les effets du mariage. Une telle localisation ne change pas pour autant la nature du régime. L'emplacement le rend certes impératif, mais ne peut pas le moindrement transformer un régime matrimonial secondaire en régime primaire. Ainsi, ayant pris les mesures du moine, il est possible de l'habiller correctement et non point de l'introduire dans une bure qui l'empêcherait de respirer.

---

80. BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport sur la fiscalité, loc. cit.*, note 17, à la p. 2 [ce texte parle dès le départ de « l'instauration d'un régime matrimonial primaire élargi »], Annexe I au *Mémoire sur la Proposition gouvernementale, op. cit.*, note 17. Ces textes sont farcis par ailleurs d'affirmations gratuites et concepts erronés. Nous ne reviendrons point sur les critiques déjà formulées, *cf.* D. BURMAN, *loc. cit.*, note 17, pp. 172-177.

42. *Conclusion.* La place des normes dans un code ne peut pas conduire à contredire la nature juridique propre à une institution donnée. Néanmoins, lorsqu'une institution est localisée dans un cadre qui ne lui correspond point selon sa véritable nature, on obscurcit toujours la clarté des concepts. Si en plus, comme c'est le cas pour le patrimoine familial, on est confronté à une institution qui est véhiculée par des notions étrangères à l'ordonnancement codifié, on augmente les difficultés d'une bonne compréhension.

B. Les effets d'une conceptualisation étrangère à l'ordonnancement codifié

43. *Le bannissement d'une conceptualisation codifiée.* Les suggestions du Barreau du Québec ainsi que les propositions gouvernementales à l'origine de la réforme de 1989 comportaient une faille congénitale de conceptualisation. En effet, s'étant inspiré d'une loi ontarienne abrogée, qui avait incorporé à l'origine certains concepts de droit québécois, ces propositions n'ont pas su redécouvrir, sous les expressions de common law, les notions de droit codifié; elles utilisaient en plus ces notions de droit codifié en leur donnant un sens erroné[81]. C'est ainsi que par ricochet, les concepts utilisés par la nouvelle loi, dont les réformes ont été introduites dans le C.c.Q./89, et plus tard dans le Code actuel, ont écarté les notions propres à un ordonnancement codifié. Cela a donné comme résultat notamment que la loi oublie les idées générales et opte pour les énumérations, qu'elle sent le besoin d'être explicite concernant certains concepts, ignorant les principes généraux subjacents et qu'elle confond un contrat consensuel avec un mode de paiement.

44. *Des listes plutôt que les notions générales de biens.* La qualification des biens est un des secteurs dans lequel les divergences conceptuelles entre la common law et le droit

81. L'exemple paradigmatique étant l'utilisation de la notion de régime primaire, *cf.* BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport sur la fiscalité...*, *loc. cit.*, note 17 à la p. 2 et *passim*.

codifié sont les plus marquées[82]. Le droit codifié utilise volontiers des notions générales identifiant les biens selon leur nature (meuble, immeuble; propres, acquêts, communs) et permettant de grouper sous chacune de ces notions une diversité de biens, en autant qu'ils répondent aux critères de la définition de chaque catégorie. Certes, les énumérations limitatives comportent nécessairement des listes, bien qu'elles soient encore établies en employant des concepts généraux, comme c'est le cas, par exemple, pour l'énumération des biens propres en société d'acquêts (a. 450)[83]. La common law, en revanche, est moins familière avec les notions générales, à la fois qu'elle qualifie les biens en utilisant des critères différents. Par ailleurs, le législateur de common law sent toujours le besoin d'énumérer de façon détaillée et la plus exhaustive possible les biens que l'on veut réglementer, dans le cas qui nous occupe les *family assets*, traduit par « biens familiaux », expression vide de sens dans le langage juridique codifié.

C'est la méthode suivie par le législateur du Québec en 1989 (a. 462.2, al. 1 C.c.Q./89, maintenant a. 415, al. 1) qui va jusqu'à l'insertion dans ce même article du Code des définitions dans le style de common law[84], spécialement pour préciser ce qu'il veut inclure dans les régimes de retraite (a. 462.2, al. 5 C.c.Q./89, maintenant a. 415, al. 5). Même s'il avait considéré nécessaire de définir, il aurait été possible de faire une véritable définition, en utilisant des concepts plus généraux qui auraient pu englober, dans un style mieux adapté au droit codifié, le texte prolixe et redondant de l'article actuel. Car en fait, la liste définitoire du Code ne comprend en fin de compte que deux catégories de régimes : les régimes de retraite légaux et les régimes enregistrés d'épargne-retraite et, bien sûr, subrogation réelle oblige! même si le législateur n'y réfère pas, tous les fonds accumulés dans les régimes mentionnés et investis dans d'autres

82. *Cf.* B. PIERRE, « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil Law and Common Law », (1997) 28 *R.G.D.* 235-274.

83. *Cf.* aussi a. 451-458 énumérant des biens propres qui peuvent, selon les circonstances, changer de qualification et devenir acquêts.

84. Il est bien connu que le législateur de common law définit en donnant aux termes le sens qu'il veut bien lui donner par la voie d'une énumération de réalités juridiques qui peuvent même être contradictoires.

instruments d'épargne-retraite. Il avait pourtant à sa disposition dans ce même Code l'exemple des articles réglementant la société d'acquêts, dans lesquels les dispositions générales (a. 449, 450, 451, 459, 460) sont précisées au besoin par des dispositions plus spécifiques (a. 452-458).

45. *Les principes généraux et les principes subjacents.* La législation de common law requiert la réglementation spécifique des recours que chaque loi accorde. En revanche, en droit codifié l'effet de codification[85] dispense le législateur de multiplier çà et là les mentions aux recours reconnus de façon générale dans un code et applicables à l'ensemble de l'ordonnancement, ainsi que d'expliciter nécessairement les principes subjacents[86]. Ces notions fondamentales du droit codifié n'ont pas été prises en considération par le législateur en 1989, lorsqu'il a recyclé la loi ontarienne abrogée et remplacée l'année précédente, pressé comme il l'était par des esprits qui semblaient ignorer ces principes.

C'est ainsi que le législateur s'est permis des redondances avec ces concepts qui risquent d'avoir des effets pervers. Ainsi, par exemple, la mention 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[87], pourrait conduire d'aucuns à argumenter *a contrario* et à prétendre que ces causes de nullité ne peuvent pas être invoquées en cas d'acceptation, ou encore qu'elles ne peuvent s'appliquer que lorsque l'article pertinent du Code le mentionne explicitement[88]. Des redondances avec des principes généraux de l'ordonnancement ont été aussi introduites ailleurs, notamment, au nouvel article 455.1

85. *Cf.* G. CORNU, *loc. cit.*, note 32, à la p. 42; A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 32; E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 32,

86. Pour une explication jurisprudentielle *cf. Cie Immobilière Viger* c. *L. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, aux pp. 75-77, à la p. 76 le juge J. Beetz affirme : « Le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité ». Voir aussi, A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 1, pp. 7-8.

87. *Cf.* Pour le patrimoine familial art. 462.11 C.c.Q./89 (maintenant a. 424) et pour la société d'acquêts art. 504 C.c.Q./89 (maintenant a. 472).

88. Pour un exemple navrant d'interprétation erronée et non civiliste voir *Droit de la famille — 2472*, [1996] R.J.Q. 1946 (C.S.), malheureusement l'appel a été rejeté! 1999-06-21 (C.A. Montréal, n° 002865-962). *Cf.* J.E. 2000, p. 162.

C.c.Q./89 (maintenant article 408), faisant double emploi avec les principes généraux de responsabilité civile et avec l'article 1053 C.c.B.C. (maintenant article 1457). Le législateur se force aussi d'expliciter des principes subjacents dans d'autres cas, comme à l'article 462.10, deuxième alinéa, C.c.Q./89 (maintenant 423, al. 2) qui nous rappelle qu'on peut toujours renoncer à un droit acquis! Il va jusqu'à sentir le besoin de créer une nouvelle section dans ce Livre II du *Code civil du Québec*, afin de nous rappeler par voie législative l'un des principes subjacents : l'interprétation par analogie. Comme si on avait oublié l'affirmation du juge Beetz et qu'on considérait désormais que la jurisprudence et la doctrine étaient devenues intellectuellement stériles et donc incapables d'appliquer par analogie, avec la fécondité requise, les notions de la société d'acquêts aux communautés[89].

46. *Les modes de paiement*. Les articles concernant la société d'acquêts prévoyaient depuis 1970 que la masse des acquêts se partageait par moitié suivant les règles prévues pour le partage entre cohéritiers, à moins que l'époux titulaire du patrimoine ne préfère désintéresser son conjoint pour la totalité ou pour une part de ce que lui revient, en lui en payant la valeur[90]. Ainsi, les acquêts de chaque conjoint se trouvaient dans l'indivision et pouvaient être partagés en constituant des lots, comme en matière successorale. Toutefois, ces dispositions permettaient sagement à l'époux titulaire du patrimoine et donc à celui qui était le débiteur, de transformer la nature de sa dette (qui était en principe réelle et devait donc être payée en biens) et de s'acquitter en payant la valeur. Cela ouvrait la porte à des ententes entre les conjoints et évitait la vente forcée de biens lorsque la formation de lots était impossible. C'est cela, d'ailleurs que le Barreau du Québec proposait dans l'un de ses mémoires, concernant les « biens

89. Voir la nouvelle section IV « Des régimes communautaires », comprenant un seul article 524.1 C.c.Q./89 (maintenant a. 492). L'analogie est amplement employée depuis toujours, notamment en matière de régimes matrimoniaux, malgré l'opinion prétendant que les réformes de 1980 touchant la société d'acquêts ne pouvaient pas s'appliquer aux communautés (voir J.-P. SÉNÉCAL, *op. cit.*, note 18, p. 71). Pour une discussion de ces questions voir CAPARROS, 3e éd., nos 361-363, pp. 241-243 et *passim*; *ID.*, *loc. cit.*, note 32.

90. *Cf.* a. 1267c C.c.B.C.; a. 514 C.c.Q./80. Malgré quelques différences terminologiques, les deux articles sont au même effet.

familiaux ». On y lisait : « Le partage des biens familiaux entre époux [...] se ferait en nature ou en valeur, au choix du payeur, comme dans la société d'acquêts »[91]. Néanmoins, le document gouvernemental présenté à la consultation et qui avait donné lieu à des nombreuses réactions, bien qu'établi sous la responsabilité de deux ministres juristes, utilisait une terminologie comportant une faille conceptuelle importante. En effet on y lisait : « L'exécution du partage du patrimoine familial aura lieu en argent ou **par dation en paiement** ou l'attribution de biens »[92]. On confondait ainsi paiement en nature ou en biens, ce qui se produisait en partageant l'indivision, avec la dation en paiement, contrat consensuel. Désormais l'époux débiteur n'a point le droit de déterminer la façon dont il procédera au paiement de sa dette (en biens ou en valeur), mais doit obtenir le consentement de son conjoint pour ne pas le faire en numéraire.

Cette proposition gouvernementale se dissociait des modes de paiement en vigueur en société d'acquêts, malgré les avantages qu'ils comportaient. Au surplus elle incorporait au contexte des régimes matrimoniaux un mode de paiement qui, tout en étant possible par l'effet de codification, lui était tout à fait étranger. Néanmoins, l'utilisation de cette expression en réglementant le patrimoine familial (a. 419, ancien 462.6 C.c.Q./89) semble au moins respecter l'exigence contractuelle de la dation en paiement, puisqu'il y est prévu, au deuxième alinéa de l'article, que « les époux peuvent convenir de transférer », ouvrant ainsi la porte à une dation en paiement en bonne et due forme[93]. Mais il est allé plus loin encore et par souci, semble-t-il, d'uniformité terminologique, il a aussi étendu la modification à la société d'acquêts (a. 514 C.c.Q./89, maintenant 481) dans le même sens. Il a ainsi laissé pendant 5 ans l'article 515 C.c.Q./89 dans certains limbes juridiques, puisqu'il parlait toujours de lots qui n'existaient point.

---

91. BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport sur la fiscalité...*, *loc. cit.*, note 17, p. 15.

92. *Les droits économiques des conjoints*, *op. cit.*, note 61, p. 21. Nous soulignons.

93. Pour une interprétation dans ce sens, à la recherche de l'intention du législateur *cf.* M. BOUDREAULT, *loc. cit.*, note 34, pp. 467-468; pour un modèle de commentaire confus, *cf.* J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 17, p. 66.

En société d'acquêts, le législateur non seulement confond paiement en biens avec dation en paiement, mais va jusqu'à ignorer la définition de la dation en paiement qui se trouve dans son même Code, à savoir : « La dation en paiement est **le contrat** par lequel **un débiteur transfère la propriété d'un bien à son créancier qui accepte de le recevoir, à la place et en paiement** d'une somme d'argent ou de quelque autre bien qui lui est dû » (a. 1799). Comment peut-on alors affirmer à l'article 481 que le titulaire du patrimoine peut payer par dation en paiement ou, encore pire, que le conjoint du *de cuius* « peut **exiger** qu'on lui donne en paiement [...] la résidence familiale » comme le fait l'article 482? Étant donné que le législateur n'est pas censé écrire pour ne rien dire, et encore moins pour dire des non-sens juridiques, les termes **dation en paiement** réfèrent nécessairement au contrat qu'il a défini à l'article 1799. Par conséquent, ni le débiteur peut l'imposer à son créancier, ni le créancier peut l'exiger de la succession de l'époux décédé. Effet de codification oblige! Et le sens commun l'exige![94]

47. *Conclusion*. Il n'est pas difficile d'apprécier que l'utilisation de concepts inadéquats, imprécis, ou même contradictoires ne facilite point l'interprétation et la juste application de la loi. Le législateur s'éloigne ainsi d'un fonds doctrinal et jurisprudentiel qui s'était développé axé sur les régimes matrimoniaux, provoquant ainsi des divergences. Même lorsqu'il utilise des concepts identiques, comme dans le cas de la dation en paiement, on peut aboutir à une application différente, à cause du contexte des normes ou de leur formulation.

---

94. *Cf.* dans ce sens BURMAN/PINEAU, n° 93, pp. 168-169. Néanmoins, une partie de la doctrine propose le rejet de cette notion précise de dation en paiement, considérant que cela peut comporter des inconvénients. Si bien des auteurs sont d'accord pour écarter l'application de cette notion précise, ils ne le sont plus quant à celle qui devrait la remplacer. Ils cherchent alors une « intention du législateur » dans leur imaginaire personnel d'interprétation. *Cf.* M. BOUDREAULT, *loc. cit.*, note 34, pp. 467-468; CIOTOLA, n° 119, p. 81; M. DESROSIERS, « Conséquences de la réforme des pensions et de la Loi sur le patrimoine au niveau de la planification testamentaire », *A.P.F.F., Congrès 1990*, 1067-1081, p. 1075; J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 17, p. 66.

Il convient maintenant d'étudier les suites de l'utilisation d'une terminologie étrangère à notre ordonnancement codifié.

C. Les suites d'une terminologie étrangère à l'ordonnancement codifié

48. *Préliminaires.* Les principaux documents contenant des propositions recueillies lors de la réforme de 1989 étaient loin d'être des modèles de précision terminologique et ils ont souvent choisi, notamment ceux du Barreau, des termes de la common law. C'est ainsi qu'on ne retrouve ni dans ces propositions, ni plus tard dans les textes législatifs, les expressions riches de contenu et d'utilisation courante en matière de régimes matrimoniaux et plus spécifiquement de la société d'acquêts. Cette divergence terminologique ne doit pas nous empêcher de découvrir sous les termes maladroits les réalités appropriées. Voilà la raison des développements qui suivent : tâcher de présenter ces réalités en les chapeautant des termes juridiques plus précis, que le législateur n'emploie pas, mais qui ne sont pas moins ceux qui correspondent aux réalités qu'il réglemente.

49. *La terminologie adéquate pour mentionner les biens (propres / acquêts).* Les notions de biens propres, acquêts, conquêts, communs et réservés sont d'utilisation reconnue dans les normes et dans les études doctrinales concernant les régimes matrimoniaux. En revanche, la notion de « biens familiaux », traduction de l'expression *family assets*[95], qui a un contenu juridique précis en common law, n'évoque pas grand chose en droit codifié. Heureusement, bien qu'employée de façon générique dans certains documents, l'expression n'a pas été accueillie comme critère général de qualification dans le Code. Toutefois, dans la réglementation du patrimoine familial, le législateur n'a pas eu recours, non plus, aux dénominations classiques des biens dans les

95. Cette expression a été choisie par le législateur ontarien fort probablement suite à des développements jurisprudentiels et doctrinaux en Grande-Bretagne à compter des années 1960, pour ces développements, *cf.* E. CAPARROS, *op. cit.*, note 10, n° 75, pp. 65-67 et les références.

régimes matrimoniaux. Le Code énumère des biens sans les qualifier de propres ou d'acquêts : « Le patrimoine familial est constitué des biens suivants », nous dit le début de l'article 415, avant de présenter une liste de ces biens. Ce même article indique également les biens qui sont « exclus » de ce patrimoine. En outre, l'article 418 établit les valeurs de certains biens qu'il faut « déduire » selon des circonstances concrètes. Opération fort laborieuse qui aurait pu être grandement simplifiée si on avait appelé les choses par leur nom, soit pour spécifier les acquêts qui constituent les assises du patrimoine familial, soit encore pour établir que les biens propres n'en font pas partie.

En fait, le patrimoine familial n'est qu'une modalité de participation aux acquêts, dont les différences principales avec notre société d'acquêts sont que les acquêts constituent une liste restreinte dans le patrimoine familial, alors qu'ils représentent la notion résiduaire en société d'acquêts. Ils comprennent donc moins de biens de façon générale, mais dans l'inventaire limité du patrimoine familial on inclut aussi plus qu'en société d'acquêts. En effet, certains biens acquis pendant le mariage sont qualifiés comme propres ou acquêts en société d'acquêts, dépendant du pourcentage de contribution des uns ou des autres à l'acquisition (a. 451, al. 2), alors que ces mêmes biens sont toujours « inclus », donc sont des acquêts, dans la litanie du patrimoine familial (les régimes de retraite par exemple, a. 415, al. 5). Une autre différence importante découle de la réglementation du patrimoine familial qui, écartant la terminologie précise, finit par n'accepter que partiellement le principe de la subrogation réelle; ainsi, de cette façon, des biens qui seraient restés propres en société d'acquêts, pourront être traités comme des acquêts lors de l'établissement de la créance du patrimoine familial, car on n'a pas indiqué que leur valeur pouvait être déduite (a. 418, al. 3).

50. *La terminologie adéquate pour l'actif et le passif.* Pour l'établissement de la « valeur nette » du patrimoine familial le législateur de 1989 a préféré encore ici utiliser la notion de déduction pour transformer la « valeur marchande » du patrimoine familial en « valeur nette ». En effet, il s'agit de déterminer le passif des biens et préciser quoi des propres

ou des acquêts devait le supporter. C'est ainsi que selon les articles 416 et 417 il faut **déduire** les « dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens » afin de parvenir à la valeur nette. Le législateur qualifie ainsi ces dettes d'acquêts et c'est tout à fait normal qu'elles soient à la charge des acquêts. On ne règle point, néanmoins, comme en société d'acquêts, le sort des dettes après le partage, ni les recours éventuels des créanciers. Soulignons encore que dans ce contexte précis, l'analogie avec les dispositions pertinentes en société d'acquêts (a. 477 et 484) pourrait nous venir en aide.

51. *La terminologie adéquate pour départager les masses de biens*. Le législateur ayant préféré un vocabulaire excluant les qualifications de propres et acquêts, une fois qu'il énumère tous les biens qui doivent servir à établir la créance du patrimoine familial, il s'attarde à **exclure** les biens propres de ce patrimoine (a. 415, al. 3 et 4), opération de soustraction qui aurait pu être évitée dès le départ, comme c'est le cas en principe en société d'acquêts. Mais ce n'est pas tout, puisqu'outre les exclusions il faut aussi procéder à des **déductions**, selon l'article 418, pour établir la valeur partageable du patrimoine familial. Cette opération ressemble étrangement aux récompenses prévues en société d'acquêts lorsque des biens sont obtenus avec des propres et des acquêts. De toute évidence, le législateur de common law ne connaît pas le mécanisme des récompenses et c'est la raison pour laquelle il s'était engagé dans la voie des déductions. Il est fort regrettable, néanmoins que le législateur québécois de 1989 ne se soit pas aperçu que son propre Code jouissait de normes réglementant les récompenses, qui auraient pu apporter un éclairage enrichissant et une formulation bien plus claire et compréhensible que le filandreux et tortueux article 418.

52. *Conclusion*. La terminologie du patrimoine familial et de la société d'acquêts comporte des divergences notables. Certes, cela n'aide pas à une meilleure compréhension des deux régimes, mais ces différences ne semblent pas toucher le fond, la nature commune des deux régimes. C'est cela qu'il convient d'établir en départageant les divergences réelles des apparentes.

SECTION 3. LES DIVERGENCES RÉELLES ET APPARENTES

53. *Introduction.* Les développements des deux sections précédentes permettent de constater que les différences peuvent, à l'occasion, marquer une particularité plus ou moins fondamentale, constituant ainsi des divergences réelles. En revanche, dans d'autres cas, elles peuvent être trompeuses, en ce sens qu'elles ne touchent point des questions importantes mais des aspects tout à fait secondaires et elles ne sont alors qu'apparentes.

A. Les divergences réelles

54. *Celles qui touchent l'autonomie de la volonté.* Nul doute, l'antinomie concernant l'autonomie de la volonté est bien réelle. Le caractère impératif du patrimoine familial, devenant ainsi un régime universellement surimposé à tous les autres, le différencie de façon notoire de la société d'acquêts, qui demeure toujours un régime supplétif. Mais il ne s'agit pas pour autant d'une distinction qui permette de conclure à un changement de la nature des deux régimes, qui demeure exactement la même, celle de régimes secondaires légaux, de participation aux bénéfices de l'union conjugale.

55. *Celles qui découlent de la détermination des biens pour l'établissement des créances.* La détermination des biens à prendre en considération pour l'estimation de la valeur des créances diffère aussi entre la société d'acquêts et le patrimoine familial. En effet, dans le premier de ces régimes la masse des acquêts, base patrimoniale pour calculer les créances, est théoriquement beaucoup plus importante puisqu'elle bénéficie d'une présomption générale d'acquêts (a. 459), en plus de recueillir les biens en vertu de la notion résiduaire (a. 449, al. 1), outre les acquêts qui sont nommés (a. 459, 1 et 2) et les biens qui peuvent le devenir à cause des acquisitions avec des propres et des acquêts (a. 451-456, 458). Alors que le patrimoine familial réduit ses assises patrimoniales à des acquêts spécifiés (a. 415, al. 1, 2 et 5), biens d'utilité majeure pour un ménage (hormis les régimes de retraite qui ne sont point des biens dits « familiaux »), souvent les seuls biens possédés par les époux, mais qui sont

quand même limités à ces biens nommés. Ainsi, pour la société d'acquêts, les biens servant à l'établissement de la créance, soit les acquêts, constituent la règle et les biens propres, l'exception énumérée limitativement. Le patrimoine familial emprunte la voie opposée, énumérant dans une liste fermée les biens permettant de fixer la créance et énonçant quelques exclusions de biens propres, ce qui ne veut pas dire que ce soit les seuls biens propres à exclure. En effet, puisque les biens touchés par le patrimoine familial en vue de la détermination de la créance constituent un *numerus clausus*, cette masse ne peut pas bénéficier de la présomption générale ni de la notion résiduaire comme cela pouvait être le cas de la société d'acquêts.

Encore ici nous sommes face à une divergence notoire, réelle, entre les deux régimes, mais non point essentielle. Dans les deux cas, il y a un ensemble de biens qui serviront de base de calcul de la créance de participation aux bénéfices de l'union conjugale. Le fait que dans le patrimoine familial les assises patrimoniales puissent être théoriquement plus restreintes qu'en société d'acquêts, ne modifie pas non plus la nature de ces deux régimes. Tout compte fait, par ailleurs, il est fort possible que la société d'acquêts puisse, en fait, être très réduite, ou même inexistante si le pécule des époux se limite aux biens touchés par le patrimoine familial.

B. Les divergences apparentes

56. *Les méthodes différentes visant la même finalité.* En société d'acquêts, comme dans tout régime de participation aux bénéfices ou de partage de biens, les normes contiennent les critères requis pour rétablir l'équilibre statique entre les masses patrimoniales en présence; c'est-à-dire, les mécanismes des récompenses qui permettent aux époux de retrouver dans leur patrimoine de propres les biens éventuellement utilisés au profit des acquêts et vice-versa, avant de procéder au partage ou à la fixation des créances de participation à calculer sur la « valeur nette » des acquêts de chacun (a. 481). La même démarche est aussi prévue dans la réglementation embrouillée du patrimoine familial, car, en fait le but des déductions prévues à l'article 418, une fois décorti-

quées, n'est autre que celui d'établir l'équilibre statique, soit d'arriver à déterminer la valeur qu'on a convenu d'appeler « partageable », bien que le Code ne la désigne pas par ce nom. Cette « valeur dite partageable » à laquelle on parvient suite aux déductions à faire à la « valeur nette » de l'article 417, n'est autre que celle à laquelle on débouche en société d'acquêts une fois le règlement des récompenses effectué, qui est appelée « valeur nette » (a. 481). Sous réserve, toutefois, du fait qu'en société d'acquêts on compte sur la « valeur nette » des acquêts de chaque conjoint, alors que le patrimoine familial ne compte qu'une seule masse regroupant, exclusivement aux fins du calcul, la « valeur partageable » des biens des deux époux. Ainsi, malgré les divergences de méthodes et même de terminologie, la réglementation des deux régimes vise exactement la même finalité : atteindre l'équilibre statique entre les patrimoines en présence, afin de déterminer avec précision la valeur de biens qui doit être prise en considération pour le calcul de la créance de participation.

57. *Les appellations différentes d'une même réalité juridique.* Les appellations différentes ou même divergentes ou contradictoires n'ont jamais modifié la nature des réalités juridiques. Ainsi, le fait que les articles concernant le patrimoine familial n'utilisent point les termes propres ou acquêts pour qualifier les biens et que, par voie de conséquence, ils n'envisagent pas les dettes se rattachant à l'une ou l'autre des catégories de ces biens, ni les mécanismes de récompenses, ne peut pas changer la nature juridique de ces régimes. Comme encore ne peut point l'altérer non plus l'utilisation avec un sens différent de l'expression « valeur nette ». En effet, dans la réglementation du patrimoine familial cette valeur est celle qui s'établit après la défalcation des dettes des acquêts et avant la soustraction des déductions (ou récompenses), afin d'atteindre la « valeur partageable ». En revanche, en société d'acquêts la même expression « valeur nette » est la valeur finale, établie après le retranchement des dettes et le règlement des récompenses, servant à déterminer les créances et qui, par conséquent, équivaut à l'expression doctrinale « valeur partageable » du patrimoine familial. Toutes ces confusions possibles ne peuvent transmuter la nature juridique de ces deux régimes.

58. *Conclusion*. Il aurait été souhaitable, sans l'ombre d'un doute, que le législateur ait mieux fait ses devoirs et n'ait pas encombré le Code de termes bizarres, d'expressions sans un sens juridique précis ou utilisées de façon ambivalente; mais une fois qu'il l'a malheureusement empruntée, cette voie, il revient à la jurisprudence et à la doctrine de découvrir le sens véritable de ce que le législateur a si maladroitement dit. Ce n'est pas un manque de respect que de reconnaître que le législateur a pu commettre des erreurs, ce n'est que rendre hommage à son humanité : *errare humanum est!*

Par contre, cette constatation faite et une fois esquissés les points de convergence et les points de divergence de ces deux régimes matrimoniaux, il convient d'en faire la synthèse dans le but de mieux présenter la nature de chacun.

CHAPITRE III. SYNTHÈSE

59. *Introduction*. Il arrive encore, et probablement que cela perdurera, qu'on distingue le patrimoine familial de la communauté de biens[96] ou de la société d'acquêts en qualifiant le premier d'effet du mariage et la seconde de régime matrimonial. Il s'agit d'un courant d'opinion qui a précédé, accompagné et suivi la malencontreuse réforme du Code de 1989 et qui semble bien installé. C'est la raison qui justifie davantage ce texte sur la nature commune des deux régimes et ce chapitre cherchant à établir une classification appropriée qui tienne compte plutôt de cette véritable nature des régimes que de la localisation maladroite du premier dans le Code.

La tâche est loins d'être facile; nager à contre-courant exige toujours un effort laborieux qui peut même paraître inefficace et conduire à l'abandon. D'aucuns pourraient même prétendre qu'un tel effort est le fruit d'un « purisme » prétentieux et inutile. La réalité est bien différente, puisque ce défi est provoqué par le souci d'une meilleure compréhension de notre

96. *Cf. Droit de la famille — 3341*, J.E. 99-1210 (C.S.).

ordonnancement et, par voie de conséquences, d'un approfondissement des normes nous permettant de les rendre plus fécondes, même si pour cela on doit recourir à l'analogie avec les régimes partageant la même nature, surmontant ainsi les barrières accidentelles placées par le législateur en 1989.

Ces idées ont permis d'envisager ces deux régimes sous plusieurs de ses angles dans les chapitres I et II de cet article. Il sied néanmoins de compléter la démarche par une synthèse dans le cadre précis de chacun des régimes légaux du Québec. La récurrence obstinée du courant mentionné au début pourrait finir par faire croire qu'il s'agit de la *communis opinio doctorum*, alors que, de toute évidence, il s'agit de l'écho creux d'une affirmation juridiquement fondée sur des sables mouvants. L'opiniâtreté de la répétition ne lui ajoute pas pour autant plus de validité juridique.

Puisqu'il s'agit bien de deux régimes légaux, leur étude se fera sous l'angle des rangs qu'ils occupent depuis 1989 : le patrimoine familial étant devenu l'**intrus** dans le cadre des régimes matrimoniaux (section 1), alors que la société d'acquêts fut **rétrogradée** dans le nouvel équilibre de ces régimes (section 2). Les qualificatifs sont suffisamment explicites pour qu'on puisse se passer d'autres explications.

SECTION 1. LA QUALIFICATION DU PATRIMOINE FAMILIAL (L'*INTRUS*) DANS LE CADRE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

60. *Une classification bipartite.* Comme il a déjà été mentionné, il est possible de considérer les régimes matrimoniaux en tenant compte de la place que le législateur leur assigne dans l'ordonnancement juridique et de les classifier alors selon des critères extrinsèques, la nature de chaque régime étant ainsi perçue dans son environnement juridique. On peut aussi les envisager en eux-mêmes et arriver à une classification selon des critères intrinsèques; seule la nature du régime sert de guide dans ces cas. Cette double option nous conduira à nouveau dans la classification du patrimoine familial.

A. La classification du patrimoine familial selon des critères extrinsèques

61. *Paramètres*. L'établissement d'une politique législative concernant les effets patrimoniaux du mariage et de la famille, conduit le législateur à formuler les normes sur les régimes matrimoniaux en délimitant l'objet ou les réalités qu'il veut réglementer. Il détermine, en outre, le degré de respect de l'autonomie qu'il accorde aux époux. Les deux niveaux doivent être pris en considération afin d'éviter des régimes « caméléons », soit des régimes dont la nature change selon la perspective dans laquelle on se place.

62. *L'objet du patrimoine familial*. Si l'on tient compte de la doctrine classique, il est permis d'affirmer que pour elle, l'objet de la réglementation des régimes matrimoniaux est bel et bien l'incidence de l'alliance conjugale sur les biens des époux. Ces règles déterminent le sort des biens à la dissolution du régime selon la finalité de chacun. Elles peuvent préciser aussi les droits-fonctions des conjoints et éventuellement le sort des biens pendant le mariage. En outre, depuis environ un demi-siècle se sont multipliées les interventions législatives (dans bon nombre de cas dans la perspective de l'établissement de l'égalité des époux), concrétisant les droits et devoirs des époux concernant le quotidien des familles. Une bonne partie de la doctrine considère désormais que ces normes peuvent constituer aussi l'objet des régimes matrimoniaux au sens large.

C'est ainsi que le genre « régimes matrimoniaux »vise **un double objet** : soit **le quotidien des familles**, conduisant à l'espèce **régimes primaires**[97]; soit **le sort des biens** pendant et, surtout, **à la fin du régime**, menant à l'espèce **régimes secondaires**. Puisque l'objet du **patrimoine familial** est, sans aucun doute, de régler le sort de ces biens à la fin du régime, il est nécessairement, **par son objet** un **régime secondaire**.

97. *Cf.* la doctrine citée *supra*, note 8.

63. *L'autonomie de la volonté dans le patrimoine familial.* Dans la perspective de l'autonomie de la volonté, il y a des politiques législatives qui écartent totalement ou partiellement cette autonomie alors que d'autres la respectent. Lorsqu'on cherche à situer les régimes matrimoniaux dans l'ordonnancement juridique en rapport avec cette dimension, on constate que la première attitude du législateur, totalitaire, aboutit à l'espèce **régimes impératifs**. En revanche, lorsque l'autonomie de la volonté est respectée, le législateur peut prévoir une autre espèce, celle des **régimes supplétifs**, appelée aussi **régimes légaux**; il régira les époux qui n'ont pas fait de choix ou dont le choix était nul. Dans ces ordonnancements, puisque l'habit sur mesure l'emporte sur le « costume Mao », ce régime supplétif (**légal**) côtoie encore une autre espèce, soit celle des **régimes conventionnels**, apparaissant lorsque les époux ont fait une manifestation explicite de leur volonté et choisi un régime différent du régime légal supplétif, ou encore ont introduit des modifications à ce régime.

Le Québec a le privilège d'être fort probablement le seul ordonnancement juridique au monde qui est en mesure de compter, depuis 1989, sur ces trois espèces de régimes, puisque le **patrimoine familial** est bien un **régime impératif**, par opposition à la société d'acquêts, régime supplétif et aux régimes conventionnels.

64. *La classification du patrimoine familial selon l'objet et l'autonomie de la volonté.* Si on vise une classification extrinsèque étanche, il sied de prendre en considération les espèces de régimes, les situant comme sur des coordonnées, pour s'assurer que les oppositions et les complémentarités s'établissent de la bonne façon. Ainsi un régime ne peut pas être intégré à la fois dans les espèces régimes primaires et secondaires, puisqu'elles sont contradictoires. Il ne peut pas non plus faire partie en même temps des espèces régimes impératifs, supplétifs et conventionnels, car cela serait aussi contradictoire. Mais en autant que l'on respecte les oppositions, il est possible de procéder aux combinaisons nécessaires. C'est ainsi que « l'individu » **patrimoine familial** s'intègre **par son objet** dans l'espèce **des régimes secondaires**, alors que concernant **l'autonomie de la volonté** il fait partie de

l'espèce **des régimes impératifs**. Il est peut-être le seul dans cette catégorie, puisque le législateur n'a pas poussé son totalitarisme jusqu'à l'exclusion légale de tout autre régime, mais cela ne lui enlève pas son statut propre.

B. La classification du patrimoine familial selon des critères intrinsèques

65. *Paramètres*. Les critères intrinsèques permettent de déceler d'un côté, l'importance que le législateur accorde à l'incidence de l'alliance conjugale sur les biens des époux afin de régler leur sort à la fin du régime et de l'autre, son souci d'établir un équilibre dans les droits-fonctions des époux pendant le mariage. Ces critères de classification ne peuvent point s'appliquer aux régimes primaires, étant donné que leur objet est celui de gérer les besoins quotidiens des familles, nées de l'alliance conjugale et qu'ils ne visent pas, par conséquent, le sort des biens à la fin du régime. En revanche, l'option concernant l'incidence sur les biens des conjoints aboutit à la détermination de la finalité des régimes matrimoniaux (partage ou indépendance des patrimoines), concrétisant ainsi l'objet des régimes matrimoniaux secondaires. Par ailleurs, celle touchant les questions d'égalité des droits-fonctions se centre sur les techniques servant de moule à la finalité et conduisant à la réglementation spécifique des régimes matrimoniaux secondaires, lorsqu'elle existe. En effet, le législateur peut ignorer la réglementation des techniques, renvoyant ainsi, implicitement, aux normes générales de l'ordonnancement. Analysons encore le patrimoine familial sous ce double angle.

66. *La fin du régime du patrimoine familial*. De toute évidence le patrimoine familial fait partie des régimes secondaires dont la finalité, présente dès le début du mariage, mais concrétisée seulement lors de la cessation de la vie commune ou de la dissolution du mariage, est la participation des conjoints aux bénéfices économiques de certains biens acquis pendant le mariage. C'est donc l'un des régimes que nous avons regroupés au sein de la famille des **régimes de participation aux bénéfices de l'union conjugale**. Certes, dans cette famille de régimes matrimoniaux, les biens pris en

considération pour déterminer la participation ne sont pas toujours identiques pour tous les régimes. Le patrimoine familial établit néanmoins des acquêts spécifiés qui serviront à déterminer une créance en faveur de l'époux moins fortuné. La participation se fait donc dans le but d'égaliser les bénéfices de l'alliance conjugale découlant de ces biens nommés.

67. *L'absence de techniques dans la réglementation du patrimoine familial.* Les normes concernant le patrimoine familial introduites dans le Code en 1989 ne prévoient point de réglementation, si brève soit-elle, précisant des techniques en rapport avec les droits-fonctions des époux. On peut présumer que l'inspiration prise dans la loi ontarienne, qui ne comporte pas de techniques dans ce domaine, ait pu influencer le législateur. Quoi qu'il en soit, les dispositions du Code sur le patrimoine familial ne font aucune référence aux techniques. Dans ce cas, l'absence de règles conduit à appliquer les normes générales du Code qui établissent l'égalité entre les conjoints : « Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations. » (a. 392, 1). Ainsi cette absence de dispositions spécifiques (de techniques) conduit à classer le patrimoine familial parmi les régimes moulés **dans les techniques de coordination**, dans la subdivision : **par le renvoi au droit commun**, car l'on respecte totalement l'égalité entre les conjoints, bien qu'aucune limitation visant une coordination concrète ne leur soit imposée.

68. *Classification du patrimoine familial selon la fin et les techniques.* À cette enseigne, le patrimoine familial fait donc partie de la famille de régimes matrimoniaux dont la fin est la participation aux bénéfices acquis pendant l'union conjugale. Fin qui se concrétisera, dans ce cas, par l'établissement d'une créance au profit d'un des conjoints. Il loge certes aussi, à cause de l'absence de techniques et le renvoi au droit commun, parmi les régimes respectant l'égalité des droits-fonctions des époux, que l'on range généralement au sein des techniques de coordination.

Une fois clarifiées les questions de la classification du patrimoine familial (l'*intrus*), il convient de procéder de la même façon pour la société d'acquêts, bien que dans ce cas la démarche soit simplifiée puisque le rétrogradé avait déjà été classifié.

SECTION 2. LA QUALIFICATION DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS (LE *RÉTROGRADÉ*) DANS LE NOUVEL ÉQUILIBRE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

69. *Rappel des critères de la classification bipartite.* Dans la perspective de la synthèse il sied de conserver les mêmes critères extrinsèques et intrinsèques de la classification bipartite.

A. La classification de la société d'acquêts selon des critères extrinsèques

70. *L'objet de la société d'acquêts.* L'objet de la société d'acquêts, nul ne le conteste, est le sort des biens à la fin du régime, soit celui des régimes secondaires. L'incidence de l'alliance matrimoniale sur les biens se manifeste par la formation de deux masses d'acquêts, constituant jadis deux indivisions, mais qui sont devenues les biens sur la valeur desquels on calcule la créance. Il s'agit ici d'une créance pour la moitié de la valeur due par chaque titulaire du patrimoine spécifique d'acquêts à son conjoint.

Il s'agit donc d'un objet identique à celui du patrimoine familial : régler le sort des biens des époux à la fin du régime, de la vie commune ou du mariage, donc au sein d'une même « espèce » de régimes par leur objet : **les régimes secondaires**.

71. *L'autonomie de la volonté en société d'acquêts.* En revanche, la société d'acquêts diffère du patrimoine familial sous l'angle de l'autonomie de la volonté, parce que le législateur l'a toujours considérée comme un régime légal mais **supplétif**, puisqu'il respectait la liberté des conventions matrimoniales, aussi bien pour modifier contractuellement le régime légal, que pour permettre aux conjoints, avant ou même pendant le mariage, d'adopter un autre régime conventionnel. Toutefois, cette dimension qui revêt une grande importance par rapport à la liberté d'action des époux, ne modifie point les autres éléments de classification et notamment la classification par l'objet, qui est la principale « pomme de discorde » doctrinale et jurisprudentielle, en rapport avec le patrimoine familial.

72. *La classification de la société d'acquêts selon l'objet et l'autonomie de la volonté.* Succinctement régime **secondaire**,

par son objet, la société d'acquêts est aussi en régime **légal supplétif**. Elle a ainsi en commun avec le patrimoine familial aussi bien l'objet (régime secondaire), que la première dimension de l'espèce se rapportant à l'autonomie de la volonté, soit la nature de régime légal. Les deux régimes diffèrent, néanmoins, en rapport avec le caractère impératif que le législateur confère au patrimoine familial (costume « Mao »), en le surimposant à tous les autres régimes secondaires, alors que la société d'acquêts demeure un régime supplétif (costume « prêt-à-porter », mais ouvert conventionnellement à des ajustements et même au remplacement par du « sur mesure »), le législateur ayant manifesté une meilleure appréciation de la fonction d'un régime secondaire par rapport à ce dernier régime.

La différence est fondamentale dans la perspective de la politique législative et des visées totalitaires du législateur sur l'organisation du sort des biens entre époux, mais elle demeure accidentelle quant à la qualification de la nature propre des deux régimes, qui continue d'être celle de régimes secondaires. Il convient de passer à la qualification de la société d'acquêts selon des critères intrinsèques.

B. La classification de la société d'acquêts selon des critères intrinsèques

73. *La fin du régime de société d'acquêts*. Classifiée jadis parmi les régimes de partage de biens[98], la transformation, peut-être involontaire, de la nature du régime fait qu'elle doive désormais être rangée parmi les régimes de participation aux bénéfices de l'alliance conjugale par la voie d'une créance, exactement comme le patrimoine familial. Certes, la classification dans la même famille de régimes est la conséquence d'une finalité identique, même si les biens pris en considération pour déterminer la valeur servant à établir les créances de « partage » en société d'acquêts et ceux constituant la base du calcul de la créance « égalisatrice » dans le

98. *Cf.* CAPARROS, 3e éd., nos 11-17, pp. 7-10 et *passim*.

cadre du patrimoine familial ne soient pas les mêmes, comme ne sont pas non plus les mêmes les créances (une seule pour le patrimoine familial, deux en société d'acquêts) ni leurs buts (égalisation des bénéfices pour le patrimoine familial, partage de la valeur des acquêts en société d'acquêts).

74. *Classification de la société d'acquêts selon les techniques.* Dans la foulée de la recherche de l'égalité des droits-fonctions des époux, les législateurs ont développé des techniques multiples de coordination. Dans le cas de la société d'acquêts, les droits-fonctions des époux sont identiques, chacun gère et dispose de ses biens comme il l'entend (a. 461), sous une seule réserve : la disposition à titre gratuit des acquêts entre vifs pour laquelle chacun a besoin du consentement de son conjoint ou l'autorisation du tribunal (a. 462). C'est la seule différence avec le patrimoine familial puisque dans ce cas, le Code renvoie au droit commun. Cela conduit néanmoins à placer les deux régimes dans la même catégorie, soit les techniques de coordination, celle dans laquelle le législateur a reconnu aux époux les mêmes droits-fonctions.

75. *Classification de la société d'acquêts selon la fin et les techniques.* Il s'agit alors, selon la fin, d'un régime de participation aux bénéfices de l'union conjugale par l'établissement de créances au profit des époux. Bien sûr, si la compensation est appliquée, on pourrait aboutir à une seule créance, comme dans le cas du patrimoine familial. Les techniques, comme nous l'avons souvent indiqué, sont celles de coordination.

Donc, à la fin de ce périple, force est de constater que les deux régimes, malgré leurs différences, partagent une nature commune.

76. *Conclusion.* Dès lors, pour établir une classification étanche des régimes matrimoniaux, il faut savoir combiner les critères extrinsèques et intrinsèques. Chaque étape aboutit à des « espèces » ou à des « familles » de régimes matrimoniaux regroupées soit selon l'objet et le respect de l'autonomie de la volonté (critères extrinsèques), soit encore, selon la fin, qui se manifeste normalement lors de la dissolution, et les techniques du régime, qui se présentent pendant la durée du régime (critères intrinsèques). En établissant ces critères comme des coordonnées et en percevant correctement les oppositions, on arrive à classifier chaque régime

en écartant le risque des régimes qui seront classifiés de deux façons contradictoires. Si on prend les deux éléments en considération, l'étanchéité de la classification est assurée.

L'on évite ainsi, que comme la chauve-souris de la fable, l'on puisse répondre selon la belette qui l'interroge[99], tantôt :

> Moi souris! des méchants vous ont dit ces nouvelles.
> Grâce à l'Auteur de l'univers,
> Je suis oiseau; voyez mes ailes :
> Vive la gent qui fend les airs.

Et plus tard :

> Qui fait l'oiseau? c'est le plumage.
> Je suis souris; vivent les rats;
> Jupiter confonde les chats.[100]

CONCLUSION GÉNÉRALE

77. *Une nature commune et des régimes individualisés.* Ce long périple à travers les méandres des deux régimes (le patrimoine familial et la société d'acquêts) a mis en évidence, sous de nombreux angles, l'affirmation du début de ce texte : leur véritable nature juridique commune. Certes, il n'y a pas d'identité, puisque chacun est individualisé. En effet, les biens dont la valeur est prise en compte pour l'établissement des créances diffèrent d'un régime à l'autre, comme se différencient également le but des créances et leur nombre, ainsi que les mécanismes utilisés pour parvenir à les établir. Néanmoins, il s'agit de divergences qui, n'étant nullement essentielles, ne modifient en rien la nature commune des deux

99. *Cf. Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.). La Cour d'appel s'est mis plutôt dans la peau de la chauve-souris en affirmant : « [...] le patrimoine familial est un effet direct du mariage et non une sorte de régime matrimonial universel, supplémentaire et de base, même s'il peut éventuellement y être rattaché, dans le sens large du terme, pour les fins d'application des règles de droit international privé. », p. 908 (j. J.-L. BAUDOUIN), références omises.

100. Jean DE LA FONTAINE, « La Chauve-souris et les deux Belettes ».

régimes. Fort de cette constatation, que bien sûr d'aucuns contesteront, il devient plus aisé d'explorer la jungle législative, jurisprudentielle et doctrinale du patrimoine familial.

Ernest Caparros
Faculté de droit
Section de droit civil
57 Louis Pasteur, bureau 237
Université d'Ottawa, C.P. 450, succ. « A »
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5792
Téléc. : (613) 562-5121
Courriel : caparros@uottawa.ca