

ARTICLES

L'INFLUENCE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX SUR LEUR RÉGIME MATRIMONIAL

par Éthel Groffier*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	292
I - Établissement du régime matrimonial	292
A - Les conventions matrimoniales	292
B - Le régime légal	298
II - Fonctionnement du régime matrimonial	301
A - Répartition des biens et des pouvoirs	301
B - Rôle du tribunal	304
III - Changement conventionnel du régime	307
IV - Dissolution du régime matrimonial	313
A - Décès	313
B - Divorce ou séparation de corps	314
C - Séparation de biens	316
CONCLUSION	317

* D.C.L., professeur associé, Faculté de droit, Université McGill.

INTRODUCTION

1. Les conséquences patrimoniales du mariage font l'objet, tant dans les pays de droit civil¹ que dans les juridictions de Common Law² d'un réexamen sérieux qui a déjà abouti, dans certains cas, à de profondes réformes.

Un rapide coup d'oeil à ces différents textes montre que le degré d'autonomie laissé aux époux dans l'organisation de leurs biens varie sensiblement d'un pays à l'autre. L'objet de la présente recherche est d'étudier les manifestations de la volonté des parties dans l'établissement (I), le fonctionnement (II), le changement conventionnel (III) et la dissolution du régime matrimonial (IV).

Certaines solutions étrangères et les projets de réforme de l'Office de Révision du Code civil du Québec seront examinés sous chacune de ces rubriques.

I - Établissement du régime matrimonial

2. La liberté des conventions matrimoniales est un principe de base de notre droit³ et ce n'est qu'à défaut de choix exprès des époux que le régime matrimonial légal est imposé par la loi⁴.

A - Les conventions matrimoniales

3. Les époux jouissent de la plus grande liberté dans le choix de leur régime matrimonial puisque l'article 1257 C.c. dispose que:

"il est permis de faire dans les contrats de mariage toutes sortes de conventions, même celles qui seraient nulles dans tout autre

-
1. Notamment, en Belgique, *Loi du 14 juillet 1976*, instaurant un nouveau régime matrimonial légal; en Italie, *Loi du 19 mai 1975* qui a remplacé le régime légal de la séparation de biens par un régime de communauté d'acquêts.
 2. Notamment, au Manitoba, *Marital Property Act*, S.M. 1977, c. 48, adopté le 18 juin 1977; en Ontario, voir *Projet de Loi no 6: An Act to Reform the Law Respecting Property Rights and Support Obligations Between Married Persons and in Other Family Relationships*, 1ère lecture, 31 mars 1977; au Saskatchewan, LAW REFORM COMMISSION OF SASKATCHEWAN, *Proposals for a Saskatchewan Matrimonial Homes Act*, Report to the Attorney General, Saskatoon, May 1976; voir également F.A. SCHROEDER, "Matrimonial Property Law Reform: Evaluating the Alternatives", (1977) 11 *U.B.C.L. Rev.* 25.
 3. E. CAPARROS, "Les régimes matrimoniaux au Québec", in *Études sur le droit des biens de la famille*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1975, no 50.
 4. Art. 1260 C.c.

acte entre vifs; telles sont: la renonciation à une succession non ouverte, la donation de biens futurs, l'institution contractuelle et autres dispositions à cause de mort."

Cet article doit se lire dans le contexte d'une liberté absolue de tester. Dans d'autres codes civils, en effet, il est prévu que les époux "ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions"⁵. Il y a pourtant certaines limites à cette grande liberté. Ainsi, l'article 1258 C.c. exclut de cette règle "toutes conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs" et l'article 1259 C.c. défend de déroger à certaines dispositions du Code civil.

4. Il faut admettre que les atteintes à l'ordre public et aux bonnes moeurs sont rares dans les contrats de mariage, nécessairement supervisés par un notaire. Néanmoins, certaines conditions attachées aux donations pourraient être contraires à l'ordre public. Telles seraient, par exemple, une stipulation de caducité de la donation en cas de procès entre époux⁶ ou la promesse par le mari de donner certains biens à sa femme au cas où il deviendrait infidèle⁷.

Il en est de même des conditions attachées au remariage qui pourraient accompagner une institution contractuelle. Il semble, néanmoins, que la jurisprudence québécoise dans le domaine des legs a généralement validé le legs à l'épouse tant qu'elle gardera sa viduité⁸. En outre, les tribunaux ne considèrent pas comme nécessairement illicites les causes de révocation des donations en cas de divorce ou de séparation de corps⁹. Finalement, on pourrait s'interroger sur la valeur de la condition d'élever les enfants dans telle ou telle religion. En France, de telles clauses étaient considérées comme constituant une atteinte à la puissance paternelle

5. Art. 1389 C.c. français; art. 1388 C.c. belge.

6. *Weingart v. Stober*, (1920) 57 C.S. 321 (C. de R.).

7. *Leroy v. Robert*, (1949) 53 R.P. 225 (C.S.).

8. G. BRIÈRE, *Les libéralités*, 7ème éd., Montréal, Cours de Thémis, 1977, p.43. Si la condition de viduité tend simplement à assurer la subsistance de la veuve jusqu'à son remariage, elle doit être considérée comme acceptable; voir *Forsyth v. Williams*, 2 R.J.Q.R. 416 (C.S. 1850); en France, également, il semble que l'intention perverse ou non du donateur fasse toute la différence: voir D. HUET-WEILLER, *Contrat de mariage (général)*, J. Cl. de droit civil, arts 1387 à 1393, nos 30-31.

9. Voir *Sardano v. Lirette Sardano*, (1974) C.S. 176; *Jauron v. Dorais*, (1973) C.S. 599.

avant la réforme de l'autorité parentale¹⁰. Au Québec, en l'absence de jurisprudence dans ce domaine, on peut penser que si la condition aboutissait à exercer une pression portant atteinte à la liberté religieuse, elle serait probablement déclarée nulle¹¹.

5. L'article 1259 C.c. énumère les dispositions du Code civil auxquelles les époux ne peuvent déroger. Il s'agit du chapitre intitulé: *Des obligations qui naissent du mariage*, du titre: *De la puissance paternelle* et du titre: *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*. Il faut noter ici une lacune grave de la part du législateur. Si le chapitre cinquième du titre 5 du livre premier du Code civil est cité, le chapitre sixième, intitulé: *Des droits et devoirs respectifs des époux* ne l'est pas. Pourtant on ne peut y déroger car il s'agit de dispositions impératives¹². Bien qu'il ait été contesté que ces dispositions forment un véritable "régime primaire"¹³, le caractère impératif de certaines d'entre elles est évident. Les époux ne pourraient pas convenir que le mari ne contribuera pas aux dépenses du mariage ou que la femme n'aura pas de mandat domestique. Ils ne pourraient pas davantage restreindre la capacité de l'un d'entre eux. Ce serait contraire à l'article 177 C.c.¹⁴.

6. Le caractère impératif du régime primaire est plus clair en France puisqu'il est applicable "par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux"¹⁵.

Les articles 173 à 184 du Code civil du Québec ont une portée assez restreinte lorsqu'on les compare au régime primaire prévu

10. D. HUET-WEILLER, *loc. cit. supra*, note 8, no 59.

11. Voir dans les testaments, *Renaud v. Lamothe*, (1902) 32 S.C.R. 357; *Klein v. Klein*, (1967) C.S. 300.

12. J. PINEAU, *Les régimes matrimoniaux*, 2ème éd., Montréal, Cours de Thémis, 1976, p. 18.

13. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 3, no 25.

14. Il s'agit bien d'un principe absolu, voir F. HELEINE, "L'article 177 du Code civil ou la capacité juridique de la femme mariée selon la Loi québécoise", (1970) 1 R.G.D. 62, 75.

15. Art. 226 C.c. français, pour le caractère impératif du régime primaire, voir H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. IV, 1er vol. 3e éd., Paris, Montchrestien, 1969, no 37; D. HUET-WEILLER, *loc. cit. supra*, note 8, no 50; en Belgique, le caractère d'ordre public du régime primaire est controversé, voir P. WATELET, "Les droits et les devoirs respectifs des époux", (1977) *Rec. gen. enr. et not.* 211, no 22140. Néanmoins, l'article 212 du Code civil précise que les contrats de mariage ne peuvent déroger aux dispositions relatives aux droits et devoirs respectifs des époux.

dans certaines autres législations. Ainsi, il n'existe pas de solidarité pour les dettes contractées pour les besoins du ménage¹⁶. Il n'y a pas davantage, ou du moins pas encore, de disposition protégeant la résidence familiale¹⁷ ou attribuant le droit au bail aux deux époux même si l'un d'eux n'est pas partie au contrat¹⁸.

7. Les époux peuvent choisir non seulement un des régimes proposés par le Code mais encore tout autre arrangement qui leur paraîtrait désirable. Ils pourraient par exemple reproduire dans leur contrat un régime étranger, pour autant qu'il soit suffisamment défini¹⁹. Pourraient-ils aller plus loin et se contenter d'une simple référence à une loi étrangère? Le Code est muet à cet égard et l'article 1257 C.c. ne semble pas, à première vue, le défendre, à la différence des Codes civils belge²⁰, et suisse²¹. Le principe d'autonomie de la volonté de l'article 8 du Code civil devrait donc s'appliquer. Néanmoins, la doctrine est plus restrictive. Elle n'est pas prête à admettre que la loi choisie soit totalement étrangère à la situation des époux²². Le régime lui paraît devoir se rattacher à la loi du domicile matrimonial des parties ou à la loi du lieu où le contrat a été passé²³.

8. Dans les limites décrites ci-dessus, qui sont extrêmement larges, les époux peuvent même combiner plusieurs régimes existants. Il semble, néanmoins, qu'il leur faille respecter les règles fondamentales des régimes choisis. Celles-ci étant le plus souvent d'ordre public, il s'agit tout simplement de se conformer à l'article 1258 C. c. Ainsi, en communauté de biens, la femme ne pourrait, par contrat de mariage, renoncer à son droit d'option d'accepter ou de refuser la communauté lors de la dissolution du régime. Cette restriction prévue à l'article 1338 C.c. est d'ordre public. De même, elle ne

16. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 3, no 35. E. CAPARROS et R. MORISSET, "Réflexions sur le Rapport du Comité des régimes matrimoniaux", (1966-67) 18 *C. de D.* 143, 198; en France, art. 220 C.c.; en Belgique, art. 222 C.c.

17. En France, art. 215 C.c.; en Belgique, art. 215 C.c.

18. En France, art. 1751 C.c.; en Belgique, art. 215 par. 3 C.c.

19. Voir en France, Civ. 17 novembre 1924 (*Bonant v. Savigny-Bey*), S. 1925.1.113.

20. Art. 1389, si l'un des époux est belge.

21. Art. 179 al. 2: "Les parties sont tenues d'adopter, dans leur contrat, un des régimes prévus par la présente loi".

22. J. TALPIS, "Les régimes matrimoniaux en droit international privé québécois", in *Cours de perfectionnement de la Chambre des Notaires*, 1974, pp. 227, 252.

23. J.G. CASTEL, "Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux dans la province de Québec", (1962) 22 *R. du B.* 233, 264.

pourrait renoncer à l'administration de ses biens réservés²⁴, du moins par contrat de mariage, car rien ne l'empêcherait de donner mandat à son mari de les administrer. On s'est demandé encore si les conjoints pouvaient déroger aux règles d'administration de la communauté et en confier la gestion à l'épouse. Lorsque la puissance maritale existait encore au Québec, un tel arrangement y aurait dérogé, ce qui aurait été contraire à l'ancien article 1259 du Code civil²⁵. À l'heure actuelle, la puissance maritale a disparu²⁶, mais un tel arrangement dans le contrat de mariage demeure contraire à l'article 1292 C.c. et à l'économie profonde du régime.

Au contraire, il semble permis en France. Le Code prévoit en effet la possibilité d'inclure dans le contrat de mariage une clause de représentation mutuelle par laquelle les époux peuvent se donner pouvoir réciproque d'administrer les biens communs y compris les biens réservés²⁷. En raison de l'existence de cette disposition, le choix de la femme comme administrateur est possible²⁸.

9. Étant donné le caractère récent de la dernière réforme des régimes matrimoniaux au Québec, il ne faut pas s'attendre à des changements de principe très importants dans le projet de réforme globale du Code civil²⁹. Il est évident que la liberté de choix des régimes matrimoniaux va subsister. La réserve successorale pour le conjoint survivant proposée par l'article 56 du *Rapport sur les successions*³⁰ ne figurera même pas parmi les dispositions auxquelles les époux ne pourront déroger par contrat de mariage. En effet, cet article prévoit que:

24. Art. 1425a C.c.

25. L. FARIBAUT, "Des conventions matrimoniales et de l'effet du mariage sur les époux", in *Traité de droit civil du Québec*, t. X, Montréal, Wilson & Lafleur, 1952, p. 27. R. COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 349.

26. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66, du 18 juin 1964.

27. Art. 1504 C.c.

28. G. CORNU, *La réforme des régimes matrimoniaux (généralités) II - Le pouvoir et la volonté des époux*, J.C.P. 1966.I.1997, no 20.

29. Les régimes matrimoniaux ont fait l'objet d'un projet de réforme récent qui est inclus dans le *Projet global du Code civil*. Les articles 1257 et ss. C.c. ont tout d'abord été soumis à un Comité spécial de l'Office de Révision du Code civil. Ensuite, le Comité de coordination de l'Office de Révision du Code civil a, à nouveau, modifié certains textes.

30. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur les successions*, t. XLI, Montréal, 1976.

“lorsqu’il vient à la succession le conjoint par mariage a droit à une réserve. Cette réserve est une quote-part, ci-après fixée, de la masse établie en application de l’article 61. Toute disposition dérogoratoire d’un acte entre vifs ou à cause de mort est sans effet, sauf dans un acte de convention matrimoniale”³¹.

Les rédacteurs du rapport expliquent cette disposition par l’utilité qu’elle pourrait avoir dans le cas d’un second mariage afin d’éviter que les biens d’un premier conjoint décédé ne passent à la famille du second époux du conjoint survivant³².

Le projet contient, en outre, une précision qui vient s’ajouter à la prohibition des clauses contraires à l’ordre public ou aux bonnes moeurs. Il prévoit

“que la disposition testamentaire ou la stipulation limitant, en cas de remariage, les droits du conjoint survivant est sans effet”³³.

Si une telle disposition doit être sans effet dans les testaments il semble bien qu’elle doive l’être également dans les institutions contractuelles.

En outre, le *Rapport sur la famille*³⁴ vient compléter le “régime primaire” en instaurant une protection de la résidence familiale et des meubles meublants qui la garnissent. Les conventions matrimoniales ne pourront déroger à ces dispositions impératives³⁵.

En ce qui concerne le respect des caractéristiques fondamentales du régime choisi, il faut noter que l’administration de la communauté a été reconsidérée par l’Office de Révision du Code civil et, bien que le rapport final ne soit pas encore publié à la date où sont écrites ces lignes, nous pouvons affirmer que toutes les propositions nouvelles sont destinées à renforcer l’égalité des époux. Aucun changement ne semble devoir restreindre leur liberté. Au contraire, le choix d’un époux comme administrateur de la communauté avec possibilité de le remplacer par l’autre époux au cours

31. Contrairement à ce qui se passe en France et en Belgique, voir *supra*, note 3.

32. *Rapport sur les successions*, *op. cit. supra*, note 30, 90.

33. *Id.*, art. 220.

34. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur la famille (1ère partie)*, t. XXVI, Montréal, 1974, arts 57 et ss. À l’heure actuelle la résidence familiale n’est protégée qu’en communauté de biens, voir arts 1292 et 1425a C.c.

35. Ce caractère impératif apparaît dans le Projet de Code civil mais non dans le *Rapport sur la famille*.

du régime - ce qui sera sans doute la suggestion la plus marquante - ne peut qu'augmenter l'influence de la volonté des époux.

10. La réforme du Code civil s'est également préoccupée de régler les références éventuelles à des lois étrangères dans le contrat de mariage. Le *Rapport sur le droit international privé*³⁶ soumet la liberté de choix de la loi régissant le régime matrimonial au régime général qu'il propose pour les contrats. Ainsi l'article 22 dispose que

"les actes juridiques présentant un caractère international sont régis par la loi de l'État désigné expressément par les parties ..."

L'article 26 du même rapport ajoute que: "le régime matrimonial établi par contrat est régi par la loi déterminée par l'article 22". Cela revient à dire que les époux ne pourront choisir une loi étrangère pour régir leur régime matrimonial que si leur contrat de mariage présente un caractère international.

Les rédacteurs du rapport expliquent que les parties ne pourront se référer à une loi étrangère qui n'aurait aucun rapport avec leur contrat. Elles ne pourront choisir une loi étrangère que si le contrat présente un élément d'extranéité³⁷.

On peut imaginer, en l'absence d'explication plus détaillée, que les époux auront le choix entre les lois de leur domicile respectif, de leur nationalité respective et du lieu de célébration du mariage. Il deviendrait donc impossible à deux personnes de citoyenneté canadienne domiciliées au Québec dont le mariage est célébré au Québec de choisir un régime étranger par simple référence à la loi étrangère.

Lorsque les époux ne font pas de contrat de mariage, peut-on dire que l'autonomie de la volonté s'exerce par le choix implicite du régime légal?

B - Le régime légal

11. Dans l'ancien droit français, une partie de la doctrine soutenait que les conjoints qui ne faisaient pas de contrat de mariage

36. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le droit international privé*, t. XXXII, Montréal, 1975.

37. *Id.*, 72.

choisissaient tacitement le régime matrimonial légal en vigueur au lieu de leur domicile. Ce choix tacite justifiait la règle de droit international privé soumettant le régime matrimonial légal à la loi du domicile des conjoints au moment de leur mariage³⁸.

Cette idée a joui d'une longue faveur, ce qui a fait dire que la doctrine de l'autonomie de la volonté avait poussé certains juristes "à analyser volontiers en des volitions tacites toutes les règles juridiques en apparence les plus étrangères aux volontés individuelles"³⁹.

En effet, le régime légal est imposé par la loi et il est exagéré d'analyser l'absence de manifestation de la volonté des époux comme un choix tacite. Cette analyse a d'ailleurs été abandonnée et la doctrine française considère que "du fait que les époux sont mariés sans contrat de mariage et que leurs intérêts matériels sont regardés comme situés dans tel pays, la loi de ce pays les régira"⁴⁰. Les intérêts des époux sont localisés au lieu de leur domicile matrimonial, entendu comme l'endroit où ils s'établissent après leur mariage⁴¹.

La jurisprudence a adopté une règle très souple qui tient compte des dernières théories et considère que la localisation des intérêts des époux au lieu de leur domicile fait présumer l'adoption du régime légal en vigueur dans ce lieu⁴².

Au Québec, les tribunaux se contentent d'appliquer la loi du domicile matrimonial des époux, entendu comme le domicile du

38. Voir la controverse à ce sujet entre Dumoulin et d'Argentré, M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5ème éd., vol. Communauté de biens, Bruxelles, Tarlier, 1825, p. 104.

39. M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, Montchrestien, 1949, p. 171.

40. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 2, 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1976, no 619. Certains auteurs voient, dans le régime légal, un régime statutaire imposé par la loi comme conséquence même du mariage et qui ne peut s'interpréter comme convention tacite entre les époux. Voir J. RENAULD, *Droit matrimonial de la famille*, t. I, Régimes matrimoniaux, Bruxelles, Larcier, 1971, no 365; M. PIRET et M. LAHOUSSE, "L'établissement et le changement du régime matrimonial", (1977) 37 *Annales de Droit, Revue trimestrielle de droit belge* 93, 122; D. HUET-WEILLER, *loc. cit. supra*, note 8, no 4.

41. G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Paris, Dalloz, 1967, no 136.

42. Voir, notamment "Cour de Cassation, Ch. Civ. 7 novembre 1961", (1962) 51 *Revue critique dr. int. privé* 681, note Batiffol.

mari au moment du mariage, sans faire intervenir la théorie de l'autonomie de la volonté⁴³.

12. Le projet de réforme du Code civil précise que

“le régime matrimonial des époux qui se sont mariés sans passer de conventions matrimoniales est régi par la loi de leur domicile commun au moment du mariage, ou à défaut, par la loi de leur premier domicile commun ou encore, si celui-ci ne peut être établi, par la loi du lieu de la célébration du mariage”⁴⁴.

Comme on le voit, cette disposition ne laisse pas de place à la théorie de la volonté présumée des époux mais, en revanche, élargit considérablement la règle actuelle.

Cette règle nouvelle s'explique par le fait que le projet de réforme du Code civil propose d'abolir le domicile légal de la femme mariée et de définir le domicile d'une personne physique par sa résidence habituelle⁴⁵. Par conséquent, l'épouse n'acquerra plus automatiquement le domicile de son mari dès la célébration du mariage. Au cas où elle ne serait pas domiciliée dans la même juridiction que son conjoint, le régime légal serait celui en vigueur au lieu du premier domicile commun, qui pourrait s'établir quelque temps après le mariage. Pour prévoir les cas, assez peu fréquents, il est vrai, où un tel domicile ne s'établirait pas, le facteur de rattachement subsidiaire du lieu de la célébration du mariage a été ajouté. Un autre facteur de rattachement apparaîtra dans la version finale du projet de réforme du Code civil. Il s'agit de la nationalité commune des parties. Le rattachement subsidiaire de la nationalité commune est une des solutions du projet de *Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux* adoptée à La Haye, en 1976⁴⁶.

Le projet de réforme du Code civil tend à adapter la règle de conflit aux réalités d'égalité des conjoints et de mobilité des individus; elle n'apporte pas de changement quant au thème qui nous occupe.

43. J. TALPIS, *loc. cit. supra*, note 22, 253 et la jurisprudence citée par cet auteur; plus récemment, *Jarucka v. Korzeniewski*, (1975) C.S. 73; *Martineau v. Vincent-Martineau*, (1975) C.S. 1137. (Cette décision définit le domicile matrimonial comme le premier domicile commun des époux).

44. *Rapport sur le droit international privé, op. cit. supra*, note 36, art. 26.

45. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le domicile et l'identité physique de la personne humaine*, t. XXXIV, Montréal, 1975, p. 8 et art. 1, p. 12.

46. Voir *Conférence de La Haye de droit international privé*, Treizième session, Acte final, le 23 octobre 1976, p. 2.

Une fois le régime matrimonial établi, qu'il soit choisi ou imposé, il s'agit d'analyser la place que peut se tailler la volonté des parties dans le fonctionnement du régime.

II - Fonctionnement du régime matrimonial

13. Le Code civil soumet l'administration des biens et l'exercice des pouvoirs de chaque époux à des règles précises qui varient d'un régime à l'autre. L'étude de leur application a été faite⁴⁷ et il s'agit simplement ici de se demander si les époux peuvent les modifier indirectement en faisant entre eux des contrats affectant la répartition de leurs biens ou de leurs pouvoirs (A). Ensuite, seront étudiés les cas où le tribunal peut faire échec à la volonté des époux en cas d'abus de pouvoir ou suppléer à la carence de la volonté en cas d'impossibilité de manifester cette volonté (B).

A - Répartition des biens et des pouvoirs

14. Depuis la réforme de 1969⁴⁸ les prohibitions de contracter entre époux⁴⁹ ont été supprimées. Elles n'avaient plus de sens étant donné l'instauration de la mutabilité des régimes matrimoniaux⁵⁰. On peut donc affirmer que la liberté des époux a fortement augmenté. Le doyen Comtois se demande, néanmoins, si l'article 1265 C.c., ne continue pas à prohiber le changement de nature d'un bien résultant de certaines donations entre époux. Ainsi, un époux ne pourrait, dans le régime légal de la société d'acquêts ou dans le régime conventionnel de la communauté de biens, donner un acquêt à son conjoint pour en faire un propre⁵¹. Cette donation ne serait pas possible car la nature d'un bien doit dépendre non pas de l'intention des époux eux-mêmes mais des règles précises et bien établies par le régime. Le changement de nature d'un bien aboutirait à un véritable changement du régime matrimonial qui devrait obéir aux règles du changement conventionnel de régime.

47. Notamment E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 3; Jean PINEAU, *op. cit. supra*, note 12.

48. L.Q. 1969, c. 77, art. 27.

49. Ancien art. 1265 C.c.

50. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, t. V, Montréal, Ministère de la Justice, 1968, p. 18.

51. Voir la réponse de R. Comtois à l'article de J.P. AUBRY, "Ventes et donations entre époux", (1977) 79 R. du N. 328, 333; voir également R. COMTOIS, "Les incidences fiscales de la loi concernant les régimes matrimoniaux", in *Cours de perfectionnement de la Chambre des Notaires*, 1971, pp. 107, 117.

Cependant, ces mêmes régimes de société d'acquêts et de communauté de biens permettent à l'époux qui a l'administration des acquêts d'en disposer à titre gratuit avec le consentement de son conjoint⁵². Il semble difficile d'établir à ce propos une distinction entre une donation à un tiers et une donation au conjoint. Il faut mentionner toutefois que, en droit français, on a également soutenu que seraient nuls les contrats contraires aux règles de répartition des biens des époux entre les différentes masses dans le régime de communauté⁵³. Ainsi l'attribution d'un bien commun, qui reviendrait à un partage anticipé de la communauté, a été déclarée nulle⁵⁴. De tels partages anticipés sont également invalides en droit québécois⁵⁵. Reste à se demander si la donation d'un seul bien équivaut à partage. Nous ne le croyons pas et nous pensons que les époux peuvent se faire librement des donations occasionnelles.

15. Le fait pour un époux de donner à l'autre mandat d'exercer les pouvoirs conférés par le régime matrimonial n'en modifie pas la répartition. Il en affecte, néanmoins, l'exercice et permet aux époux une grande liberté dans l'organisation pratique de leurs pouvoirs respectifs. On s'est interrogé sur la nature du mandat prévu à l'article 178 du Code civil. Cet article, introduit par la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*⁵⁶, n'a fait d'ailleurs que consacrer la pratique, les mandats entre époux étant admis depuis longtemps en droit québécois⁵⁷. L. Marceau enseigne que le mandat entre époux doit être nécessairement révocable⁵⁸, ce qui

52. Arts 1266o, 1292 et 1425a C.c.

53. J. PATARIN, *Contrat de mariage (en général), Modifications postérieures à la célébration du mariage*, J. Cl. de droit civil, arts 1396-1397 (2ème fasc.), no 84.

54. Civ. 28 mars 1973, D.S. 1974, som. 86. La nouvelle loi française sur le divorce semble, néanmoins, encourager les partages anticipés du régime matrimonial même si elle en suspend l'effet jusqu'à ce que le jugement de divorce ait pris force de chose jugée. Voir arts 230, 1450 et 1451 C.c.; J. MASSIP, *La réforme du divorce*, Rép. not. Defrénois, 1976.417, art. 31067, p. 433.

55. *Gubi v. Eizinger*, (1975) C.S. 1144.

56. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66, du 18 juin 1964, art. 1.

57. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur la capacité juridique de la femme mariée*, t. I, Montréal, Ministère de la Justice, 1968, pp. 36 et ss.; voir aussi L. MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1960, nos 57 et ss.; R. COMTOIS, *op. cit. supra*, note 25, 348.

58. L. MARCEAU, *op. cit. supra*, note 57.

est de l'essence même du mandat, bien que l'article 1756 C.c. ne soit pas impératif⁵⁹.

Le doyen Comtois expliquait, avant la réforme de 1970, le caractère essentiellement révocable du mandat entre époux par le respect du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux⁶⁰. On peut se demander, ce principe ayant disparu, si un mandat irrévocable entre époux serait valide. Il est intéressant de remarquer qu'en France et en Belgique, où la mutabilité des régimes matrimoniaux a également remplacé l'immutabilité, le mandat entre époux doit toujours être révocable⁶¹. La solution nous paraît devoir demeurer la même en droit québécois, donner mandat et révoquer le mandat sont deux aspects de la libre volonté des époux.

16. D'autres contrats entre époux peuvent conduire à modifier la répartition des biens, sinon des pouvoirs. Il en est ainsi du contrat de société dont la validité ne semble pas poser de problème au Québec⁶², tandis qu'en France ce contrat est permis seulement si les époux ne sont pas l'un et l'autre indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales⁶³.

La répartition des pouvoirs et des biens peut encore être indirectement modifiée par l'existence d'un contrat de travail entre les époux. Un tel contrat, après avoir fait l'objet de quelques hésitations lorsqu'existait la puissance maritale, est actuellement admis sans difficulté⁶⁴.

Il ne semble donc pas que la liberté d'un époux de contracter avec l'autre soit restreinte de façon quelconque. Le projet de réforme du Code civil ne contient, non plus, aucune disposition de nature à l'affecter.

59. H. ROCH et R. PARÉ, "Du mandat, du prêt ...", in *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, Montréal, Wilson & Lafleur, 1952, p. 140.

60. R. COMTOIS, *op. cit. supra*, note 25, 349.

61. En France, J. PATARIN, *loc. cit. supra*, note 53, no 84; en Belgique, le Code civil le stipule à l'article 219.

62. L. MARCEAU, *op. cit. supra*, note 57, no 195; *Cantin v. Comeau*, (1972) C.A. 523.

63. Art. 1841 C.c.

64. Voir F. HELEINE, "Le contrat de travail entre époux vu à travers son histoire, de l'intransigeance à la tolérance, de l'entraide au salariat", in *Problèmes de droit contemporain*, Mélanges Louis Baudouin, Montréal, P.U.M., 1974, pp. 99, 114; "Chronique de droit familial", (1971) 2 R.G.D. 45, c. 6, (commentaire de L. v. B., (1970) C.S. 87).

B - Rôle du tribunal

17. Le recours à l'intervention du juge a parfois été perçu comme un danger pour l'harmonie du foyer⁶⁵. On assiste néanmoins à une augmentation du pouvoir du juge tant en droit québécois qu'en droit français. Ainsi, un auteur français a pu écrire: "Plus que jamais le juge est appelé pour arbitrer les conflits entre époux, semblant remplacer un chef de famille dont la disparition a été définitivement constatée dans la loi du 4 juin 1970"⁶⁶. Il arrive même, qu'il soit le seul recours possible dans des situations de crise dont on peut distinguer plusieurs catégories.

Premièrement, un époux peut être dans l'impossibilité de manifester sa volonté soit pour donner à l'autre conjoint le consentement indispensable à un acte concernant les biens que ce conjoint administre, soit pour s'occuper de ses propres affaires. Deuxièmement, un époux peut refuser arbitrairement un consentement nécessaire à l'autre. Troisièmement, un époux peut commettre un manquement grave à un devoir découlant du mariage ou du régime matrimonial, paralysant ainsi le fonctionnement de ce dernier.

18. Le droit positif québécois ne prévoit pas toutes ces situations ou, du moins, pas encore.

Lorsqu'un époux est incapable de donner un consentement nécessaire à l'exercice par l'autre de ses pouvoirs, l'article 182 C.c. permet à ce dernier d'obtenir une autorisation du tribunal pour passer l'acte en cause. Il s'agit d'un texte très limité qui vise des actes spécifiques et qui n'est d'aucun secours lorsqu'un époux est dans l'impossibilité de gérer ses propres biens⁶⁷. L'absence de mandat judiciaire a été regrettée par la doctrine. Elle a été expliquée par le fait qu'en droit québécois, plus qu'en droit français, l'administration et la jouissance des propres résultent de la qualité de propriétaire plutôt que de l'économie du régime matrimonial⁶⁸. Il existe en France et en Belgique une habilitation générale que le tribunal peut conférer au conjoint⁶⁹. Celle-ci peut être limitée à

65. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 3, no 44; G. BEAUPRÉ, *Papa, Maman, le Juge et moi*, Barreau 1971, mai, p. 4.

66. M. REYMOND DE GENTILE, *Volonté des époux et rôle du juge dans la modification du régime matrimonial*, J.C.P. 1973.I.2258, no 33.

67. Pour un exemple de cette dernière hypothèse, voir *Perrier v. Perrier*, (1970) C.A. 133.

68. J. PINEAU, *op. cit. supra*, note 12, 23.

69. En France, art. 219 C.c.; en Belgique, art. 220 par. 2 C.c.

certaines actes: les actes d'administration⁷⁰ ou l'acceptation d'une succession⁷¹, par exemple. En droit québécois, l'article 182 du Code civil est également utilisé en cas de refus injustifié du conjoint de donner son consentement à un acte que l'autre voudrait passer.

L'article 183 C.c. prévoit, en outre, l'annulation des actes où l'un des époux outrepasserait les pouvoirs qu'il a sur ses biens; mais il s'agit d'une disposition de portée très limitée.

19. Les régimes primaires français et belge offrent de plus une gamme d'interventions du tribunal lorsqu'un époux ne s'acquitte pas de ses obligations. Tout d'abord lorsqu'il refuse de contribuer aux charges du mariage, l'autre époux peut, en Belgique, se faire autoriser par le juge de paix à percevoir

“à l'exclusion de son conjoint, dans les conditions et les limites que le jugement fixe, les revenus de celui-ci ou ceux des biens qu'il administre en vertu de leur régime matrimonial, ainsi que toutes autres sommes qui lui sont dues par des tiers”⁷².

La loi française du 2 janvier 1973 qui traite de tous les créanciers alimentaires vise le même but⁷³. Cette habilitation n'existe pas au Québec et il faut procéder, lorsque c'est possible, à une saisie de salaire⁷⁴.

20. Lorsque le manquement d'un époux est moins spécifique et met en péril les intérêts de la famille, le président du tribunal de grande instance en France⁷⁵ ou le juge de paix en Belgique⁷⁶ peut ordonner, à la demande du conjoint, les mesures urgentes et provisoires relatives à la personne et aux biens des époux et des enfants.

70. D. LEFEBVRE, *Femme mariée, Régime matrimonial primaire, Règles tendant à assurer la protection de la Communauté primaire, la répartition des pouvoirs entre époux en situation de crise*, J. Cl. de droit civil, arts 216-218, fasc. C, no 15.

71. Trib. Gde inst. Valenciennes, 5 février 1970, J.C.P. 1970.2.16292.

72. Art. 221 C.c.

73. Loi no 73-5 relative au paiement direct de la pension alimentaire. Il s'agit du cas où un époux ne se conforme pas au jugement le condamnant à verser une pension et non d'une mesure préventive pour le cas où il serait susceptible de manquer à ses obligations; voir Trib. inst. Melle, 1er octobre 1974, et Trib. Gde inst. Nanterre, 22 janvier 1975, J.C.P. 1975, éd. G.IV.6521 obs. J.A.; voir G. WEILL-BECQUE, *Aliments, Obligation alimentaire, caractères et mise en oeuvre*, J. Cl. de droit civil, arts. 205-211, 2ème fasc., no 44.

74. Voir E. GROFFIER, “L'exécution des pensions alimentaires au Québec”, (1973) 19 *McGill L.J.* 385, 391 et ss.

75. Art. 220-1 C.c.

76. Art. 223 C.c.

En ce qui concerne les biens, il peut interdire à l'un des époux d'aliéner, d'hypothéquer ou de donner en gage des biens meubles ou immeubles propres ou communs sans l'accord de l'autre; il peut également interdire le déplacement des meubles ou en attribuer l'usage personnel à l'un des époux. En France, ces pouvoirs sont limités dans le temps, ce qui a été interprété par certains comme une invitation au divorce ou à la séparation de corps⁷⁷.

La jurisprudence française abonde en exemples de mesures que le tribunal peut prendre. Ainsi la femme s'est vue confier la gestion d'un fonds de commerce d'artisanat⁷⁸, attribuer la gestion d'une partie des actions de la société appartenant à la communauté et dont le mari était le président directeur général⁷⁹, autoriser à réclamer la restitution du mobilier déménagé par le mari⁸⁰. En Belgique, en outre, le tribunal de première instance peut subordonner l'exercice d'une profession par l'un ou l'autre des époux à la modification préalable du régime matrimonial⁸¹. Cette mesure peut être prise lorsqu'un époux va se plaindre au tribunal parce qu'il estime que l'activité professionnelle de son conjoint est de nature à porter un préjudice sérieux à ses intérêts moraux ou matériels ou à ceux des enfants mineurs. Il faut bien admettre qu'une telle mesure aboutit à solliciter l'accord du conjoint et que le tribunal ne peut le contraindre à accepter une modification dont il ne veut pas⁸². L'opposition du mari québécois à l'exercice d'une profession par sa femme commune en biens n'a pour effet que la protection de la communauté⁸³ mais n'empêche pas l'exercice de la profession. Les pouvoirs étendus des tribunaux en France et en Belgique leur sont, certes, conférés dans l'intérêt de la famille. Ils viennent, cependant, faire échec aux choix des époux concernant leurs relations patrimoniales. Il suffit de penser à l'attribution à un époux de l'administration des propres de l'autre.

21. Le projet de réforme du Code civil québécois s'est attaché à améliorer les chapitres relatifs aux effets du mariage et plus

77. M. REYMOND DE GENTILE, *loc. cit. supra*, note 66, no 27.

78. Trib. Gde inst. Chambéry (Réf.), 16 mars 1967, J.C.P. 1967. éd. N.2.15184 bis.

79. Trib. Gde inst. Digne (Réf.), 1er juillet 1972, Rép. not. Defrénois, 1973.1.515, art. 30311, note Massip; J.C.P. 1973.2.17443, note D. Mayer, D.S. 1973.259, note Foulon-Piganiol.

80. Nancy 12 décembre 1968, D. 1969.300, note Foulon-Piganiol.

81. Art. 216 par. 1 al. 3 C.c.

82. P. WATELET, *loc. cit. supra*, note 15, 218.

83. Art. 1291a C.c.

spécialement aux droits et devoirs respectifs des époux. L'article 178 C.c. qui prévoit la possibilité pour chaque époux de donner mandat à son conjoint a été conservé, mais il a été complété par la possibilité d'obtenir un mandat judiciaire toutes les fois où un conjoint est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. L'article 45 du *Rapport sur la famille* prévoit, en effet, que

“le tribunal peut confier à l'un des époux l'administration des biens de son conjoint ou des biens communs, lorsque le conjoint ne peut manifester sa volonté ou ne peut le faire en temps utile”.

Le régime primaire proposé est loin de donner au tribunal un pouvoir aussi étendu que celui des tribunaux français et belges qui peuvent faire échec à la volonté des époux ou y suppléer. Néanmoins, le tribunal québécois exercerait un rôle de conciliation toutes les fois que les époux seraient en désaccord au sujet de la direction morale et matérielle de la famille⁸⁴ ou de la part contributive de chacun d'eux aux charges du mariage⁸⁵.

Ce principe existe d'ailleurs déjà dans les dispositions concernant les régimes matrimoniaux⁸⁶.

Il semble que, tant en droit positif que dans le projet de réforme du Code civil, le rôle du tribunal soit assez discret durant la vie du régime. Il intervient de façon plus active lors du changement conventionnel de régime.

III - Changement conventionnel du régime matrimonial

22. Le principe de mutabilité du régime est, en soi, un pas vers un respect plus grand de l'autonomie de la volonté. Il a été introduit dans un certain nombre de législations modernes⁸⁷.

Au Québec, comme ailleurs, ce changement ne peut se faire sans un minimum de conditions et de contrôles.

En comparant l'article 1265 du Code civil québécois avec l'article 1397 du Code civil français, on se rend compte que le droit

84. *Rapport sur la famille (1ère partie)*, *op. cit. supra*, note 34, art. 40.

85. *Id.*, art. 46.

86. Arts 1266q, 1425h et 1438 C.c.

87. J. PATARIN et I. ZAJTAY, *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, 2ème éd., Paris, Pédone, 1974, p. 23.

québécois connaît une véritable mutabilité et non une "immutabilité assouplie" ainsi qu'on l'a prétendu du système français⁸⁸.

Tout d'abord, aucune limite n'est mise à la fréquence des modifications en droit québécois. De plus, les conditions du changement énumérées à l'article 1265 C.c. sont plus souples et plus claires qu'en droit français. En particulier, le contrôle de l'intérêt de la famille est plus aisé car il s'agit simplement de ne pas y porter atteinte tandis qu'en France, il faut que le changement soit dans "l'intérêt de la famille". Cette exigence plus stricte provoque une hésitation quant au rôle du tribunal: doit-il contrôler l'opportunité du changement? Celui-ci peut être utile en soi mais indifférent à l'intérêt de la famille. On pense à un changement du régime de la communauté à celui de la séparation de biens pour faciliter à l'épouse l'exercice d'une profession séparée dont les revenus pourraient ne pas être nécessaires au bien-être de la famille.

23. Ensuite, que faut-il entendre par "intérêts de la famille"? Cette question a fait l'objet de nombreuses discussions en France⁸⁹. Il a finalement été admis que l'intérêt de la famille peut être défini comme étant soit celui du groupe familial, soit celui d'un des membres de la famille dans la mesure où il lui incombe de contribuer à la défense et à la protection de l'intérêt individuel de ses membres. Ainsi, la Cour de cassation, dans l'arrêt *Alessandri*⁹⁰, a admis que l'intérêt de la famille peut être l'intérêt de l'un de ses membres même si un autre membre risque d'être lésé. Le rôle du juge consiste à peser les intérêts contradictoires des divers membres du groupe familial afin de déterminer celui qui est le plus digne de protection.

Au Québec, l'exemple français avait soulevé certaines inquiétudes⁹¹, mais il semble que ces craintes ne paraissent pas fondées. Une enquête sur la popularité des régimes matrimoniaux au Qué-

88. J. PATARIN, *loc. cit. supra*, note 53, no 2.

89. *Id.*, no 23; E.S. DE LA MARNIÈRE, "Les techniques d'interprétation de la loi", (1971) 69 *Revue trimestrielle de droit civil* 231, 244.

90. Civ. 6 janvier 1976, D. 1976.253, note Ponsard, Rép. not. Defrénois, 1976.1.787, note Ponsard, Bull. Civ. 1976.1.5; R. NERSON, "Personnes et droits de famille", (1976) 74 *Revue trimestrielle de droit civil* 537.

91. J.H. GOMERY, *Changes in the Matrimonial Regimes under Bill 10*, Junior Bar Symposium, 1970-71, p. 38; voir aussi la note de E.S. DE LA MARNIÈRE reproduite dans la *Revue du Notariat*: "La modification du régime matrimonial de l'intérêt de la famille", (1971) 74 *R. du N.* 166.

bec⁹² note que la plupart des requêtes en homologation ne contiennent pas de motif détaillé du changement demandé et que l'homologation est néanmoins accordée. L'auteur souligne que les raisons données se bornent souvent à affirmer que le changement ne porte pas atteinte à l'intérêt de la famille ou qu'il est destiné à promouvoir une complète autonomie juridique et le plein exercice des pouvoirs des époux ou toute autre formule des plus succinctes.

On peut se demander si ces justifications ne sont pas un peu courtes⁹³. Un auteur français souligne avec raison que "c'est sans nul doute ici que le point d'équilibre entre volonté des époux et rôle du juge est le plus difficile à réaliser... un contrôle superficiel laissera la volonté déterminante; un contrôle approfondi la rendra secondaire dans ses effets même si elle demeure indispensable dans sa manifestation"⁹⁴. Il semble qu'en droit québécois la volonté des époux soit déterminante.

24. À supposer qu'une des clauses du nouveau contrat lèse l'intérêt de la famille ou celui des créanciers, le juge peut-il procéder à une homologation partielle? Nous ne le croyons pas, car c'est un contrat, formant un tout, qui est présenté au tribunal et celui-ci ne peut que l'accepter et le refuser. Néanmoins, l'homologation partielle a été acceptée en France en dépit du silence des textes⁹⁵. La jurisprudence en ce sens a été vivement critiquée par la doctrine⁹⁶.

25. Une fois remplies les conditions de l'article 1265 du Code civil québécois, il reste à se demander quelle est l'étendue du changement permis; les époux peuvent, bien sûr, passer d'un régime matrimonial à un autre et l'article 1265 C.c. ajoute que les donations portées au contrat de mariage ne peuvent être modifiées que du consentement de tous les intéressés. Néanmoins, des auteurs se sont demandé si les donations à cause de mort pouvaient être modifiées, étant

92. M. RIVET, "La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970", (1974) 15 *C. de D.* 613, 642 et ss.

93. Voir E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 3, no 59; J.M. TÉTREAU, "Les changements de régimes matrimoniaux", in *Cours de perfectionnement du Notariat*, 1975, pp. 205, 212.

94. M. REYMOND DE GENTILE, *loc. cit. supra*, note 66, no 15.

95. Trib. Gde inst. Rodez 21 novembre 1967, 24 novembre 1967, Trib. Gde inst. Troyes 15 mai 1968, J.C.P. 1968. 2.15651, note Patarin.

96. Voir la note de J. Patarin sous décision citée en note 95; M. REYMOND DE GENTILE, *loc. cit. supra*, note 66, no 32.

donné le caractère irrévocable que leur confère l'article 823 du Code civil et la prohibition des pactes sur succession future de l'article 1061 C.c.⁹⁷. Un autre problème se pose pour la donation aux enfants à naître dont le consentement à la révocation ne peut être obtenu. Seule une réforme pourra donner une réponse définitive à ces questions.

Il semble bien, toutefois, que l'article 1265 C.c. soit permissif et ne doive pas donner lieu aux mêmes controverses que l'article 1397 du Code civil français. En droit français, en effet, il est loin d'être certain que les époux puissent modifier les donations contenues dans le contrat de mariage. L'article 1397 prévoit que

“après deux années d'application du régime matrimonial, conventionnel ou légal, les époux pourront convenir dans l'intérêt de la famille de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié qui sera soumis à l'homologation du tribunal de leur domicile”.

La controverse semble avoir été provoquée par le double fait que la disposition garde le silence en ce qui concerne les donations et qu'elle spécifie qu'il s'agit du changement du *régime matrimonial*. L'article 1265 du Code civil québécois précise bien que les époux peuvent changer aussi bien leur contrat de mariage que leur régime matrimonial. Or les donations ne font pas partie du régime matrimonial mais font l'objet de clauses du contrat de mariage⁹⁸.

Le texte français semble donc beaucoup plus restrictif. Après de nombreuses hésitations la Cour de cassation a finalement décidé que les époux peuvent révoquer les donations mutuelles qu'ils se sont faites, mais doivent le faire expressément. La décision du 29 octobre 1974⁹⁹ traitait d'une espèce où les époux avaient rem-

97. Voir à ce sujet, G. BRIÈRE, “Les dispositions essentielles du Bill 10 sur les régimes matrimoniaux”, in *Lois nouvelles II*, P.U.M., 1970, pp. 32, 35; R. COMTOIS, *Manuel du Notaire*, vol. I, Montréal, 1970, no 25, pp. 88-100; “De la donation par contrat de mariage”, (1972) 75 *R. du N.* 253, 260; pour une réponse affirmative voir A. COSSETTE, “La loi concernant les régimes matrimoniaux et l'irrévocabilité de l'institution contractuelle”, (1971-72) 74 *R. du N.* 28; J.M. TÉTREAU, *loc. cit. supra*, note 93, 211; voir également M. LÉGARÉ, “Institution contractuelle universelle et mutation de régime matrimonial”, (1976) 79 *R. du N.* 117.

98. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 3, no 58.

99. Civ. 29 octobre 1974, J.C.P. 1975.2.18015, note Patarin, Rép. not. Defrénois 1975.1.263, note Morin, confirmant Agen 25 avril 1972, Rép. not. Defrénois 1973.1.255. Dans le même sens, Civ. 14 mai 1975, Bull. Civ. 1975.1.139; *contra* Amiens 5 novembre 1974, J.C.P. 1975.2.18132, Rép. not. Defrénois 1976.1113, art. 31206, note Guimbellot.

placé par une séparation de biens un régime de communauté universelle avec donation mutuelle de l'universalité des biens qui dépendraient de la succession. Lors du changement, les époux n'avaient pas stipulé qu'ils révoquaient la donation et la Cour de cassation l'a maintenue. Un auteur a vu dans cette décision la fin de la controverse et l'affirmation de la possibilité de révoquer les donations¹⁰⁰. J. Patarin pense, au contraire, que la motivation de la Cour de cassation est tellement prudente qu'une interprétation *a contrario* serait aventureuse¹⁰¹. Il est clair, toutefois, que la Cour de cassation ne confirme pas la thèse de l'irrévocabilité.

26. Il reste à se demander si la possibilité de changer conventionnellement de régime matrimonial est ouverte à tous les époux. En effet, on pourrait hésiter avant d'appliquer l'article 1265 du Code civil aux époux qui sont venus s'établir au Québec avec un régime matrimonial régi par la loi de leur domicile matrimonial étranger. En France, il a été admis, après bien des hésitations, que la question de l'immutabilité du régime est régie par la loi applicable au régime matrimonial¹⁰². Cependant, cette position a été nuancée par une réponse ministérielle¹⁰³ selon laquelle les personnes qui ont la nationalité française ou qui sont domiciliées en France pourraient toujours invoquer, même à l'encontre de la loi de leur régime, le principe de la mutabilité de la loi française. La Cour d'appel de Paris a suivi implicitement ce principe¹⁰⁴ tandis que celle de Colmar l'a rejeté¹⁰⁵. Au Québec, en revanche, en l'absence de jurisprudence, la doctrine se déclare nettement en faveur de la soumission du changement de régime à la loi québécoise si les conjoints sont domiciliés au Québec au moment où ils demandent le changement¹⁰⁶.

100. Voir *supra*, note 99, Civ. 29 octobre 1974 (note Morin); en faveur de la possibilité de révoquer les donations, voir AUBRY et RAU, *Droit civil français*, par A. Ponsard, t. 8, 7ème éd., Paris, Librairie Technique, 1973, no 112.

101. Voir *supra*, note 99, Civ. 29 octobre 1974.

102. Req. 4 juin 1935, D.P. 1936.1.7, note Savatier, S.1936.1.377, note Niboyet; H. BATIFFOL et PL LAGARDE, *op. cit. supra*, note 40, no 632; G. WIEDERKEHR, *op. cit. supra*, note 41, no 178; J. PATARIN, *loc. cit. supra*, note 53, no 9; P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1977, no 762.

103. Publiée in (1968) 57 *Rev. crit. dr. int. privé* 169.

104. Paris 29 juin 1968, J.C.P. 1969.2.15845, concl. Souleau, (1970) 59 *Rev. crit. dr. int. privé* 299, note Ponsard, Cl. 1970.60, note Kahn.

105. Colmar 7 mars 1973, (1973) 62 *Rev. crit. dr. int. privé* 524, note A.P.

106. J. TALPIS, "Les lois étrangères rétroactives en matière de régimes matrimoniaux", (1972-73) 75 *R. du N.* 437, 459; W.S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1962, pp. 315, 348. A. COSSETTE, "Jurisprudence - Droit international

Cette opinion va dans le sens d'un renforcement de l'autonomie de la volonté.

27. Le projet de réforme du Code civil prévoit peu de modification en ce qui concerne le changement conventionnel de régime matrimonial. Toutefois, il faut signaler que le *Rapport sur les donations* précise que seuls les futurs époux ou les époux pourront être donateurs et que seuls pourront être donataires les futurs époux, les époux, leurs enfants respectifs et leurs enfants communs nés ou à naître¹⁰⁷. Ces deux dispositions restreignent considérablement le cercle des donateurs et des donataires¹⁰⁸ mais sont susceptibles de simplifier grandement les changements de conventions matrimoniales puisque l'article 1265 C.c. exige le consentement de toutes les personnes intéressées pour la modification des donations portées au contrat de mariage.

Il est probable que d'autres assouplissements relatifs au changement de statut d'un seul bien ou au consentement des enfants nés ou à naître à la modification d'une donation seront introduits dans le projet final.

C'est en droit international privé que les modifications prévues par la réforme sont les plus importantes et répondent d'ailleurs aux vœux de la doctrine puisque l'article 26 du *Rapport sur le droit international privé* prévoit, à son alinéa 3, que "le changement de régime matrimonial est régi par la loi du domicile commun des époux au moment du changement".

C'est très exactement la solution proposée par le professeur Talpis¹⁰⁹.

Les modifications futures du Code civil révèlent donc une tendance à restreindre l'influence de la volonté des époux en matière de donations aussi bien qu'une tendance opposée en ce qui concerne les changements des régimes matrimoniaux.

privé - Mutabilité des régimes matrimoniaux", (1969-70) 72 *R. du N.* 502; A. POPOVICI, "De la mutabilité du régime matrimonial étranger", (1975) 35 *R. du B.* 77, 93 et 94.

107. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur la donation*, t. XXXIX, Montréal, 1975, arts 35 et 36.

108. Voir arts 818 et ss. C.c.

109. J. TALPIS, *loc. cit. supra*, note 106, 459.

IV - Dissolution du régime matrimonial

28. Les causes de dissolution du régime matrimonial prévues par le Code sont, outre le changement conventionnel de régime, le décès de l'un des époux, le divorce, la séparation de corps, le jugement en séparation de biens et finalement, l'absence¹¹⁰.

Nous allons passer ces causes en revue en négligeant le cas particulier de l'absence.

A - Décès

29. Le droit québécois ne connaissant pas de réserve successorale, du moins jusqu'à présent, chaque époux a le droit de léguer ses biens sans restriction à l'exception de la part de communauté¹¹¹ ou de la part d'acquêts à laquelle a droit son conjoint. L'époux survivant a, en société d'acquêts¹¹², l'option d'accepter les acquêts de son conjoint ou d'y renoncer et la femme survivante a, en communauté de biens, celle d'accepter ou de refuser sa part de communauté¹¹³.

Le droit d'accepter ou de refuser la moitié des acquêts du conjoint en société d'acquêts et celui de l'épouse d'accepter sa part de communauté ou d'y renoncer s'exerce dans la plus grande liberté à l'exception des cas où, par leur conduite même, les époux se privent de cette même liberté en se rendant coupables d'un recel d'acquêts ou de biens communs¹¹⁴. Un tel recel entraîne l'acceptation forcée du partage des acquêts ou des biens communs. Cette sanction qui fait échec à la libre manifestation de la volonté s'applique quelle que soit la cause de dissolution du régime.

30. Les époux ont tout loisir d'organiser par contrat de mariage ou par testament le sort de leurs biens après le décès de l'un d'eux. Dans le cadre du régime de communauté on peut citer le préciput¹¹⁵ ou l'attribution de la communauté entière¹¹⁶.

110. Arts 1266r et 1310 C.c.

111. Art. 1293 C.c.

112. Art. 1266s C.c.

113. Art. 1338 C.c.

114. En société d'acquêts, arts 1266t et 1266w C.c.; en communauté, arts 1348 et 1364 C.c.

115. Art. 1401 C.c.

116. Art. 1406 C.c.

En l'absence de testament, l'option de l'époux survivant doit s'interpréter à la lumière de la prohibition du cumul en vertu de laquelle il ne peut à la fois se porter héritier *ab intestat* et bénéficiaire des avantages de son régime matrimonial¹¹⁷. Par conséquent, lorsqu'un époux décède sans laisser de testament, l'époux survivant, s'il veut se porter héritier, doit renoncer à ses droits dans la société d'acquêts ou dans la communauté de biens. Cette disposition vient simplement suppléer au défaut d'expression d'une volonté.

31. Le projet de réforme du Code civil propose la suppression de l'article 624c¹¹⁸. Par ailleurs, il ne contient pas de disposition restreignant l'exercice de la volonté des conjoints dans ce domaine. Dans le cas d'une dissolution résultant d'un divorce ou d'une séparation de corps cet exercice est beaucoup plus limité.

B - Divorce ou séparation de corps

32. Le régime matrimonial est dissout par le divorce, tandis que la séparation de corps emporte celle des biens¹¹⁹.

La dissolution suit les règles prévues par le Code civil pour chacun des régimes.

Cependant, le tribunal peut supprimer éventuellement les donations contenues dans le contrat de mariage ou même, lorsqu'il s'agit de donations entre vifs qui sont devenues exigibles, les réduire ou en différer le paiement¹²⁰. Ces deux mesures ont donc parfois pour effet de changer la répartition des biens que les époux avaient initialement prévue et fait ainsi échec à la volonté exprimée dans le contrat de mariage.

33. Certaines propositions de la réforme du droit familial tendent à renforcer le rôle de la volonté des époux tandis que d'autres au contraire tendent à le diminuer. Tout d'abord, l'article 99 du *Rapport sur la famille* prévoit que

“le divorce et la séparation de corps sont sans effet quant aux donations entre vifs que les époux se sont faites, sauf stipulation contraire au contrat...”.

117. Art. 624c C.c.

118. *Rapport sur les successions, op. cit. supra*, note 30, 2.

119. Art. 208 al. 1 C.c.

120. Art. 208 al. 2 et 3 C.c.

Cela veut dire que le tribunal ne pourra plus déclarer forfaites ou réduire les donations entre vifs devenues exigibles, ni déclarer forfaites celles qui ne sont pas encore devenues exigibles. Tout au plus, l'alinéa 2 de l'article 99 prévoit-il que le tribunal pourrait ordonner que le paiement soit différé. Le régime des donations à cause de mort prévu par l'article 208 du Code civil demeurerait inchangé. On peut discerner ici le souci de respecter davantage les contrats entre époux. Les rédacteurs du *Rapport sur la famille* ont trouvé qu'il était inéquitable que les époux aient droit à leur part de communauté ou de société d'acquêts quand ils se sont mariés sous un de ces régimes et puissent se voir refuser les donations qu'ils auraient prévues en se mariant sous le régime de séparation¹²¹.

En revanche, le pouvoir du tribunal de redistribuer la propriété de certains biens entre les époux serait fortement augmenté. Outre la somme globale qu'il peut déjà accorder à un conjoint, il pourrait éventuellement lui attribuer la propriété des meubles meublants appartenant à l'autre époux¹²², le bail de résidence principale de la famille¹²³ et même la propriété de cette même résidence¹²⁴. Ces dispositions ne vont pas aussi loin que celles qui permettent au juge de certains pays de Common Law de redistribuer entre les époux la propriété de tous les biens qui leur appartiennent; elles tendent, néanmoins, à modifier les arrangements initiaux des époux¹²⁵.

Sans recourir à des mesures aussi extrêmes que le divorce et la séparation de corps, les époux qui ne s'entendent pas sur la façon d'administrer leur régime matrimonial peuvent, dans certains cas, recourir à la séparation de biens.

121. *Rapport sur la famille*, 1ère partie, *op. cit. supra*, note 34, 280.

122. *Id.*, art. 59.

123. *Id.*, art. 68.

124. *Id.*, art. 69. Il convient de noter que cette redistribution s'effectue en nature et non en valeur. L'article 69 *in fine* prévoit en effet le versement d'une soulte, s'il y a lieu. Cela ne modifie en rien le partage des biens en fonction de leur valeur.

125. Au Royaume-Uni, *Matrimonial Causes Act*, U.K. 1973, c. 18; en Nouvelle-Zélande, *Matrimonial Property Act*, New Zealand Statutes 1963, c. 20, no 72; au Saskatchewan, *Married Women Property Act*, R.S.S. 1965, c. 340, am. par S.S. 1974-75, c. 29, Territoires du Nord-Ouest, *Matrimonial Property Ordinance*, N.W.T. 1973, 3d, Session, c. 3.

C - Séparation de biens judiciaire

34. L'article 1440 C.c. prévoit que, en régime de société d'acquêts, la séparation de biens peut être poursuivie par l'un ou l'autre des époux lorsque l'application des règles du régime se révèle contraire à l'intérêt du ménage.

En revanche, en communauté de biens, seule l'épouse peut demander la séparation de biens lorsque ses intérêts sont mis en péril, lorsque le mari l'a abandonnée ou qu'elle est forcée de pourvoir seule, ou avec ses enfants, aux besoins de la famille¹²⁶. La comparaison entre ces deux régimes, montre qu'en communauté de biens; le mari ne peut pas prendre l'initiative de la séparation de biens. Cette discrimination est un peu curieuse lorsque l'on songe aux pouvoirs étendus que l'épouse peut exercer sur ses biens réservés. La communauté est susceptible de souffrir tout autant de la mauvaise administration de l'épouse que de celle du mari¹²⁷.

36. Dans le cas d'une société d'acquêts, le motif de la séparation de biens est fondé sur l'intérêt du ménage ce qui diffère un peu du motif du changement conventionnel du régime qui ne doit pas nuire à l'intérêt de la famille. Cette différence a été critiquée car il a semblé curieux que dans le cas de la séparation judiciaire, alors que les époux ne s'entendent pas pour changer leur régime, le législateur ait voulu écarter complètement la dimension plus large de l'intérêt de la famille pour se contenter de l'intérêt du ménage¹²⁸. Il est vrai que le changement conventionnel résulte d'un accord entre époux qui peut se faire aux dépens des autres membres de la famille et que l'exercice de leur volonté doit, dans ce cas, se faire sous un contrôle plus minutieux.

37. On peut se demander si les conjoints qui sont d'accord pour changer leur régime matrimonial, mais qui remplissent également les conditions des articles 1440 ou 1441 C.c., peuvent choisir entre les deux procédures. Avant la réforme de 1970, il était bien connu que des époux essayaient parfois d'obtenir une séparation de biens dans le seul but de se débarrasser d'un régime matrimonial qui leur était défavorable et parfois même de frauder les droits de leurs créanciers¹²⁹. À première vue, les textes du Code civil n'imposent

126. Art. 1441 C.c.

127. J. PINEAU, "La réforme des régimes matrimoniaux, quelques points d'interrogation", (1973-74) 76 R. du N. 1, 32.

128. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 3, no 134.

129. Voir par exemple, *Béliveau v. Mercure*, (1971) C.A. 309.

aucune restriction. En France, cette question a fait l'objet d'une controverse et certains tribunaux ont décidé que les époux ne pouvaient pas choisir la voie gracieuse parce que "la distinction entre les deux formes de séparation de biens est justifiée par l'intérêt des tiers puisque la procédure contentieuse présente des garanties supérieures"¹³⁰.

Il est vrai que le changement d'un commun accord peut s'accompagner de bien des modalités que les époux n'auraient pu prévoir en cas de séparation de biens contentieuse. Certains auteurs ont néanmoins soutenu qu'il n'y avait pas de raison pour que des époux, même si l'un d'entre eux voit ses intérêts mis en péril, ne puissent pas s'entendre pour demander un changement conventionnel. Pourquoi "contraindre les époux à se battre là où ils peuvent s'accorder"¹³¹, et contrecarrer un accord des volontés qui ne peut être que bénéfique à la paix du ménage?

Il semble qu'un tel choix devrait prévaloir également en droit québécois où la publicité prévue pour mettre les créanciers au courant de l'intention des époux semble plus perfectionnée en ce qui concerne le changement conventionnel de régime que la séparation judiciaire de biens¹³².

38. Les propositions de l'Office de Révision du Code civil dans le domaine de la séparation de biens tendront vraisemblablement à ouvrir très largement le droit de demander la séparation de biens et de l'accorder au mari en régime de communauté. Dans un sens, une telle évolution permettra à la volonté du conjoint qui désire la séparation de s'exprimer sans entrave. Néanmoins il s'agit ici de la dissolution du régime provoquée, en principe, par la volonté d'un époux aux dépens d'une volonté contraire de l'autre.

Conclusion

39. Au terme de cette étude, il faut constater que les époux québécois jouissent d'une grande liberté dans le choix de leur régime matrimonial. L'autonomie de leur volonté n'est soumise qu'à peu

130. Colmar, 8 mars 1972, D.S. 1973.161, note E. Poisson; E.S. DE LA MARNIERE, *loc. cit. supra*, note 91, 245.

131. REYMOND DE GENTILE, *loc. cit. supra*, note 66, no 39 et les références citées par l'auteur.

132. *Contra*, J.M. TÊTREAU, *loc. cit. supra*, note 93, 214.

de restrictions dans le fonctionnement du régime bien que le tribunal ait le pouvoir de faire échec à la volonté d'un époux qui abuse-rait de ses pouvoirs. Le changement conventionnel de régime est également le résultat de l'accord de volonté des époux qui doivent se conformer à des conditions fort peu restrictives. L'étendue du changement est laissé en principe à l'entière discrétion des conjoints. C'est lors de la dissolution du régime que les restrictions au libre jeu de la volonté des époux sont les plus grandes.

Le projet de réforme du Code civil ne paraît pas modifier considérablement l'ensemble de la situation. Si, d'une part, il renforce l'influence de la volonté des conjoints, notamment en ce qui concerne la possibilité de changer de régime pour les conjoints dont le régime est soumis à une loi étrangère, d'autre part, il augmente les pouvoirs du tribunal de faire échec à la volonté des parties dans le fonctionnement de leur régime primaire ou en cas de dissolution par divorce. Il ne s'agit là que de réformes de détails. Les principes demeurent les mêmes.