

Articles

LA MUTABILITÉ DES RÉGIMES MATRIMONIAUX EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS

par Ann ROBINSON*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
A) Délimitation du sujet	3
B) Notion de mutabilité	3
C) Plan du travail	5
PREMIÈRE PARTIE: QUALIFICATION DE LA MUTABILITÉ EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS	6
Introduction	6
Section 1 — La qualification de la mutabilité en droit international privé français	7
I- Évolution historique	7
II- Analyse de la jurisprudence récente	9
Section 2 — La qualification de la mutabilité en droit international privé québécois	14

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

DEUXIÈME PARTIE: LES RÈGLES DE RATTACHEMENT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS		20
Introduction		20
Section 1 — La loi de l'autonomie des parties du droit français		20
I- Évolution historique de la loi de l'autonomie des parties		20
II- Les critères de la détermination de la volonté		22
A- Le domicile matrimonial		22
B- Critères subsidiaires au domicile matrimonial		23
III- Analyse de la jurisprudence récente		24
Section 2 — Le domicile matrimonial du droit international privé québécois		27
I- Règle de rattachement des régimes matrimoniaux en droit international privé québécois		27
II- La notion de domicile		28
III- Le domicile matrimonial en droit québécois		29
IV- Analyse de la jurisprudence québécoise		31
TROISIÈME PARTIE: PROBLÈMES SPÉCIFIQUES POSÉS PAR LA QUALIFICATION DE LA MUTABILITÉ DES RÉGIMES MATRI- MONIAUX DE L'ARTICLE 1265 DU CODE CIVIL		34
Section 1 — Le renvoi		34
Section 2 — Les conflits dans le temps et les conflits mobiles		37
Section 3 — L'exception d'ordre public		41
CONCLUSION		43

INTRODUCTION

A) Délimitation du sujet

Dans les dernières décennies, au Québec, comme partout à travers le monde, le nombre d'immigrants n'a pas cessé de croître. Et ce phénomène ne cessera pas de se manifester, au contraire il ira en s'accroissant dans les années '80 puisque le Québec devient de plus en plus industrialisé et par le fait même, attire de plus en plus d'ouvriers spécialisés, de techniciens de tout genre de pays étrangers qui étouffent dans leur pays d'origine et veulent traverser l'Atlantique pour se tailler une place au soleil. Très souvent, ces gens arrivent au Québec déjà mariés ou, sinon, ils se marieront au Québec soit avec un québécois, soit même parfois avec un autre immigrant.

Ces éléments d'extranéité dans les régimes matrimoniaux nous amènent à poser un certain nombre de questions sur les relations entre époux durant le mariage. Parmi tous les problèmes qui peuvent être soulevés dans ce domaine¹, retenons pour les fins du présent article celui de la mutabilité des régimes matrimoniaux. Afin de mieux délimiter le sujet, on pourrait émettre l'hypothèse suivante: deux époux mariés sans contrat à l'étranger et domiciliés au Québec, peuvent-ils invoquer l'article 1265 du Code civil afin de modifier leur régime matrimonial? Une telle formulation de l'hypothèse de départ permet de circonscrire le sujet et de poser plus particulièrement trois limites à notre recherche. Tout d'abord, nous ne traiterons que des régimes matrimoniaux légaux. De plus, il ne sera question que de conjoints mariés à l'étranger et venus par la suite s'établir au Québec. Enfin, nous ne traiterons que de mutation conventionnelle laissant volontairement de côté les mutations accessoires du régime comme la séparation de corps et la séparation de biens à titre principal.

Mais avant d'entreprendre une telle étude, il devient essentiel de définir le concept de mutabilité.

B) Notion de mutabilité

L'immutabilité des conventions matrimoniales est un principe de droit qui dans l'histoire des peuples a toujours été profondément ancré dans les moeurs et les coutumes et est passé ensuite dans les lois écrites sans qu'aucun juriste ne le remette jamais en question. Ce n'est qu'au début du 20ème siècle qu'on a commencé à s'interroger

1. Par exemple, contrats entre époux, autorité paternelle ou parentale, domicile et résidence commune, etc.

sur le bien-fondé de cette règle qui était jusqu'alors considérée comme un dogme quasi au même titre que certaines vérités de l'Eglise catholique. À cette époque on définissait l'immutabilité comme un précepte qui "consiste à interdire à des époux qui ont adopté un régime matrimonial donné, avant la célébration de leur mariage, de changer ce régime après la célébration du mariage et pendant toute la durée de la vie conjugale"². Donc, une fois le mariage célébré, les conventions matrimoniales, qu'elles aient été choisies ou imposées par la loi, sont immuables. Dans le Code civil québécois, c'est principalement aux articles 1260 et 1265 qu'on retrouvait les applications du principe de l'immutabilité. Ce qui se traduisait par les propositions suivantes: on ne peut stipuler que le régime matrimonial commencera à une autre époque qu'à la date du mariage; de plus, après la célébration du mariage, les parties ne peuvent changer le régime matrimonial ni un point spécial du régime choisi; ne peuvent renoncer à une donation, ni effectuer une donation autre que celles déjà prévues au contrat initial.

Mais les fondations de ce principe ont commencé à s'ébranler dans la première moitié du 20ème siècle, et les juristes se sont divisés en deux clans; les tenants du *statu quo* de l'immutabilité et les tenants d'un changement vers une mutabilité plus ou moins contrôlée des conventions matrimoniales pendant le mariage. Et on a été témoin pendant cette période, de grands débats entre ces deux groupes³. C'est maintenant chose du passé puisqu'un grand nombre de pays comme la Suisse⁴, la Hollande⁵, l'Allemagne⁶, la France⁷, et même le Québec⁸, ont laissé tomber le principe de l'immutabilité pour adopter un régime de mutabilité contrôlée.

Au Québec, c'est à l'article 1265 qu'on retrouve consacré ce principe de la mutabilité. Et c'est également à cet article qu'on peut constater qu'il ne s'agit pas d'une mutabilité sans aucune restriction mais bien plus d'une mutabilité "contrôlée". En effet, le paragraphe

2. Louis BAUDOUIN, "Le problème de la mutabilité du régime matrimonial", dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome XII, Montréal, Doucet, 1952, p. 334.

3. Voir entre autres, "Le problème de la mutabilité du régime matrimonial", dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome VII, Montréal, Doucet, 1956, pp. 297-489.

4. Cf., art. 1179 C.C. Suisse.

5. Cf., art. 178 f et 194 et ss. B.W.

6. Cf., art. 1432 B.G.B.

7. Depuis 1965, article 1397 C.c. fr.

8. Article 1265 C.c.

1 de l'article 1265 établit qu'"il est loisible aux époux pendant le mariage de modifier leur régime matrimonial ainsi que leur contrat de mariage pourvu que, par une modification ainsi faite, ils ne portent pas atteinte aux intérêts de la famille ni aux droits de leurs créanciers". La modification du régime matrimonial est donc soumise au contrôle des intérêts de la famille" et des "droits des créanciers".

Ce principe de la mutabilité des conventions matrimoniales n'ayant été adopté que depuis peu d'années, la jurisprudence n'a pas encore établi de critères pour analyser à la fois, les intérêts de la famille et les droits des créanciers.

On dit qu'il s'agit d'une mutabilité contrôlée également parce que le législateur a ajouté à l'énoncé de principe de l'article 1265, des règles de forme attribuant à cette modification de régime une certaine publicité. En effet, on exige que la modification soit par acte notarié portant minute. On ajoute à ce caractère formel, l'homologation par le tribunal du domicile des conjoints⁹.

Une fois la notion de mutabilité bien établie, il est possible d'entreprendre l'étude de ce principe en regard du droit international privé québécois. À cet effet, une comparaison avec le droit international privé français peut être d'une grande utilité puisque malheureusement au Québec, la doctrine et la jurisprudence en droit international privé ne sont pas très élaborées.

C) Plan du travail

En droit international privé, la mutabilité relève-t-elle de la loi des régimes matrimoniaux ou du statut personnel des conjoints? C'est ce que nous tenterons de clarifier dans la première partie de cet article. Dans la seconde partie, nous traiterons des règles de rattachement des régimes matrimoniaux en droit international privé français et québécois. Enfin, la troisième et dernière partie sera réservée à des problèmes particuliers soulevés par la mutabilité des régimes matrimoniaux de l'article 1265 C.c.

9. Cf., article 1266(1) C.c.

PREMIÈRE PARTIE

**QUALIFICATION DE LA MUTABILITÉ
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS**

INTRODUCTION

Quand on soulève la question de savoir si la mutabilité relève ou non des régimes matrimoniaux en droit international privé, il faut se référer aux règles de qualification. Donc avant de traiter de la mutabilité en droit international privé français et québécois, en introduction, nous tenterons de définir la qualification en droit international privé. D'après Wengler¹⁰, la qualification en droit international privé n'est pas autre chose que la qualification telle qu'on la retrouve dans les autres domaines du droit. Pour lui, qualifier c'est donner "une réponse à la question de savoir si l'objet qualifié est compris dans une notion faisant partie d'une certaine règle juridique"¹¹. Mais la qualification en droit international privé diffère de la qualification en droit interne puisque plusieurs droits sont en jeu. Et c'est par le biais de la qualification qu'on pourra établir quel droit s'appliquera à telle question spécifique.

Avant de pouvoir qualifier, il faut vérifier les règles de conflit établies par le Code civil. Ainsi l'article 6 prévoit que les biens immeubles sont régis par les lois du Québec alors que les biens meubles sont régis par les lois du domicile du propriétaire. On y spécifie également que l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi de leur domicile. L'article 7 établit que les actes passés en dehors du Québec seront valables s'ils ont respecté "les formalités requises par les lois du lieu où ils sont faits ou passés". À ces règles, il faut ajouter que la procédure est soumise aux lois du Québec et que d'une façon générale les délits sont soumis à la loi du lieu où ils sont commis.

Toutes les fois qu'un problème juridique emportant un élément d'extranéité se posera, il faudra se référer à ces quelques articles afin d'appliquer la bonne règle de rattachement qui permettra de résoudre le problème. Selon Castel, "l'objet de qualification est de

10. Wilhelm WENGLER, "Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé", (1954) 23 *Rev. cr. dr. int. pr.* 661.

11. *Id.*, 662.

mettre en oeuvre les règles de rattachement qui se trouvent aux articles 6-7-8 du Code civil”¹².

Donc, en regard du sujet que nous avons choisi, une fois qu'on aura qualifié la mutabilité, il faudra sans doute qualifier également les régimes matrimoniaux en général afin de mettre en jeu les règles de conflits des articles 6-7 et 8 du Code civil. Mais auparavant, il serait utile de voir comment la doctrine et la jurisprudence française ont traité ce problème de la qualification du principe de la mutabilité des régimes matrimoniaux.

SECTION I

LA QUALIFICATION DE LA MUTABILITÉ EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS

La qualification de la mutabilité ou de l'immutabilité des conventions matrimoniales a fait l'objet de nombreuses discussions en doctrine et en jurisprudence et sa détermination a été le fruit d'une lente évolution. Au cours des ans, trois facteurs de rattachement ont surgi, soit la règle *locus regit actum*, puis l'application de la loi personnelle et enfin celle qu'on retient depuis 1935, la loi du régime.

I- Évolution historique

C'est par le biais d'un argument tiré du texte que la Cour de Cassation au XIXe siècle qualifiait l'immutabilité du régime matrimonial par la règle *locus regit actum*. En effet, l'immutabilité se retrouve à cette époque dans le Code Napoléon à l'article où on décrète l'interdiction de passer un contrat de mariage autrement qu'avant le mariage¹³. Or, c'est dans ce même article qu'on définit l'authenticité du contrat de mariage. Donc puisque l'authenticité est une question de forme, l'immutabilité l'est aussi et tombe dans le champ d'application de la règle *locus regit actum*¹⁴. À cet effet, la doctrine n'a pas suivi la Cour de Cassation et n'a pas cessé de critiquer cette position qui en définitive ignore la portée exacte de l'immutabilité qui est beaucoup plus une règle de fond qu'une simple règle de forme comme l'authenticité du contrat de mariage.

12. Jean G. CASTEL, "Propos sur la structure des règles de "rattachement" en droit international privé québécois", (1961) 21 *R. du B.* 183.

13. *Cf.*, article 1394 C.c. fr., dans sa rédaction antérieure à 1965.

14. À cet effet, voir la jurisprudence citée dans 75e Congrès des Notaires de France, "Le Statut matrimonial du Français", *La Boule*, 7 au 10 mai 1978, Tome 2, p. 1057 à la note 152-1.

Au début du XXe siècle, la plupart des auteurs français se prononçaient plutôt pour l'application de la loi personnelle. À cet effet, quelques-uns considéraient que la règle de l'immutabilité visait à protéger les époux. Pour d'autres, il s'agissait simplement d'une règle d'incapacité: incapacité des époux de contracter entre eux pendant le mariage. Enfin, un troisième et dernier groupe considérait que l'immutabilité était un effet du mariage, relevant par conséquent de la loi personnelle qui gouverne ces effets¹⁵.

Mais tous ces arguments se sont avérés insuffisants pour qualifier la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. En effet, cette immutabilité ne visait pas uniquement à protéger les époux; elle visait aussi et peut-être surtout à protéger les tiers et en particulier les créanciers. De plus, en droit civil, ce n'est pas parce qu'une règle est d'ordre public ou impérative qu'elle devient une règle d'incapacité. Enfin pour ceux qui rattachaient la règle de l'immutabilité à la loi personnelle sous prétexte que l'immutabilité relève des effets du mariage, on peut répondre que même à cette époque les effets du mariage ne relevaient pas nécessairement de la loi personnelle puisque déjà même le régime matrimonial était gouverné par une autre loi.

La doctrine et la jurisprudence française sont maintenant fixées de façon définitive depuis un arrêt de la Cour de Cassation rendu en 1935¹⁶. Dans cette affaire, il s'agissait de deux polonais domiciliés à Paris qui s'y sont mariés sans contrat. Un peu plus tard, ils décidèrent de passer un contrat de mariage devant un notaire belge. Ce contrat de mariage comportant une modification de régime, il fut mis en doute au moment de son inscription au registre matrimonial de Strasbourg. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation énonça le principe suivant:

“... les époux sont réputés s'être référés au régime matrimonial français, qui comporte pour eux à défaut de contrat de mariage, la soumission au régime de la communauté légale et la défense de modifier ce régime par une convention postérieure.”

Par cet énoncé de principe, la Cour de Cassation mettait un terme à la discussion et établissait définitivement que la règle de l'immutabilité relevait des régimes matrimoniaux en droit international privé. Et la plupart des auteurs se sont rangés de ce côté. Entre autres, Batiffol, qui mentionne à propos de cette

15. Sur ce sujet, voir entre autres, WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, 1967, nos 172 et ss.

16. Récq. 4 juin 1935, Zelcer, Rép. Defrénois 1935, 24351, D.P. 1936, 1, 7.

qualification "... la solution est bien préférable: puisque l'immutabilité est un trait essentiel du régime, elle entre rationnellement dans le domaine de la loi qui gouverne ce dernier"¹⁷.

Par la suite, de nombreux arrêts ont confirmé cette position de la Cour de Cassation de 1935. Dans la seconde partie de cette section nous en étudierons quelques-uns.

II- Analyse de la jurisprudence récente

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales a été modifié en France en 1965. On l'a en effet remplacé par le principe de la mutabilité contrôlée. Mais cette modification à la loi n'a pas pour autant changé la position de la doctrine et de la jurisprudence concernant le rattachement de ce principe à la loi du régime matrimonial. Lors du 75^e Congrès des notaires de France, tenu en 1978, André Leuck, rapporteur, a fait une synthèse de la jurisprudence actuelle qui résume parfaitement les différentes questions pouvant être soulevées. En effet, il mentionne que:

"Si donc la loi applicable au régime consacre l'immutabilité, les conventions de changement postérieures au mariage sont nulles. Si cette loi admet la mutabilité, les changements sont permis; ce qui est actuellement le cas dans de très nombreux pays étrangers. Si la loi gouvernant le régime est la loi française, les époux n'ont le droit de modifier leur régime que dans les limites établies par l'article 1397 du Code civil, c'est-à-dire après deux années d'application de ce régime et sous condition d'homologation judiciaire"¹⁸.

Il faut maintenant analyser certains jugements cités par les auteurs.

Le premier arrêt date de 1967. Il s'agit des époux Lérey¹⁹. Ces époux se sont mariés sans contrat dans le courant du mois de juin 1953 à Santiago au Chili où ils demeuraient depuis un certain temps et où ils sont restés encore plusieurs années après. La femme d'origine tchécoslovaque, a acquis par l'effet de son mariage, la nationalité française de son mari. Quelques jours après leur mariage, soit le 25 juin 1953, les époux ont comparu devant un notaire à Santiago pour modifier leur régime matrimonial et passer du régime légal chilien à un régime conventionnel de leur choix; et ce, conformément aux dispositions de l'article 1723 du Code civil

17. BATIFFOL et LAGARDE, *Droit international privé*, 6e éd., T. II, 1976. no 630.

18. André LEUCK, *loc. cit. supra*, note 14, 1059, no 154. Voir également les notes 154-3, 154-4, 154-5.

19. Lérey, rapporté dans (1967) *Rev. cr. dr. int. pr.* 563.

chilien. Par la suite, les époux Lérey ont demandé aux autorités consulaires françaises d'inscrire ce contrat de mariage sur leur livret de mariage, ce qui leur a été refusé. La Cour déclare:

— “Attendu qu’il importe peu que les époux Lérey aient porté atteinte au principe dit de l’immutabilité des régimes matrimoniaux;

— “Attendu que ce principe, valable en France jusqu’à l’entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1965, était inapplicable dès avant ce moment à deux époux qui s’étaient soumis, sans fraude, à un système étranger permettant un tel changement de régime”²⁰.

Dans ces conclusions, le tribunal reconnaît donc que le principe de l’immutabilité relève uniquement de la loi du régime matrimonial. Puisque les époux Lérey sont régis par la loi chilienne quant à leur régime matrimonial et que cette loi autorise les modifications de régime en cours de mariage, il faut admettre leur modification en date du 25 juin 1953. D’ailleurs Batiffol, dans une note à la suite de ce jugement, mentionne à juste titre que:

“Les époux, étant soumis au régime matrimonial de la loi chilienne, ont pu changer de régime après le mariage selon cette loi, ou plus précisément passer un contrat quelques jours après le mariage, s’étant aperçus probablement de l’erreur qu’ils avaient commise en n’en passant pas. Il est, en effet, établi maintenant que l’immutabilité du régime matrimonial dépend de la loi qui gouverne le régime”²¹.

Le deuxième arrêt, en date du 29 juin 1968, a été largement commenté par André Ponsard dans la *Revue critique de droit international privé*²². Les faits sont les suivants. Les époux Fontaine, de nationalité française, se sont mariés sans contrat au Québec en 1960. Ils se trouvaient donc à être mariés sous le régime de la communauté de meubles et acquêts, régime légal qui, à cette époque, était en vigueur tant au Québec qu’en France.

À l’époque de leur mariage et jusqu’au moment de l’arrêt, les époux Fontaine ont toujours été domiciliés au Québec. De telle sorte que le mari s’est soustrait à ses obligations de service militaire. À cet effet et pour éviter que les biens que recevait Mme Fontaine de son père et de son grand-père ne tombent pas dans la communauté et risquent d’être mis sous séquestre, les époux ont passé devant un notaire de Sherbrooke un contrat modifiant la communauté de biens

20. *Id.*, 563-564.

21. *Id.*, 566.

22. Paris, 29 juin 1968, *Fontaine*, (1970) *Rev. cr. dr. int. pr.* 298.

pour un régime de séparation de biens, et ce après la modification de l'article 1397 C.c. français en date du 25 juin 1965. Par la suite, ils ont tenté de faire homologuer ce contrat par le Tribunal de la Seine.

Le Tribunal de la Seine, en rendant jugement, ne s'est pas préoccupé du problème de conflits de lois soulevés et a rejeté la demande pour des motifs d'ordre public, en déclarant que le nouvel article 1397:

"... ne saurait être invoqué pour se soustraire aux conséquences d'une condamnation pénale, même si cette condamnation est de nature à compromettre dans une certaine mesure les intérêts des conjoints"²³.

Les époux en ont appelé de ce jugement. Cette fois la Cour d'appel se prononce clairement sur le problème de conflits de lois. Dans ses conclusions, elle énonce:

"... la disposition qui admet, sous certaines conditions de fond et sous le contrôle du tribunal du domicile des époux, la mutabilité des conventions matrimoniales, s'intègre dans la réglementation qui organise celles-ci, et son intégration ressortit à la compétence du juge de la loi qui les régit; cette loi s'impose au magistrat en ce qui concerne, non seulement la faculté du changement accordée aux époux, mais les conditions qu'elle met à l'usage de cette faculté et le contrôle qu'elle organise"²⁴.

À la suite de cet énoncé de principe, le tribunal en fait une application un peu saugrenue. Cependant, la règle de rattachement du principe de la mutabilité à la loi du régime est bien posée. Et André Ponsard dans sa note renchérit en établissant que "l'immuabilité ou la rentabilité relative du régime matrimonial est bien un effet, un élément de ce régime, dépendant de la même loi que celui-ci. La solution, discutée autrefois, a été affirmée par la Cour de Cassation en 1935"²⁵.

Un autre jugement a été rendu dans le même sens en 1969. Il s'agit de l'affaire *Strauss-Ettlinger*²⁶. L'affaire est très simple. Alors qu'ils étaient tous deux de nationalité allemande et domiciliés en Allemagne, les époux Strauss-Ettlinger se sont mariés sans contrat en 1925 et ils y ont conservé leur premier domicile jusqu'en 1933. Par la suite, ils sont venus s'installer en France et le 2 mai 1969, devant

23. *Id.*, 301.

24. *Id.*, 302.

25. *Ibid.*

26. *Strauss-Ettlinger*, rapporté dans (1972) *Rev. cr. dr. int. pr.* 448.

un notaire à Dijon, ils ont fait un contrat modifiant leur régime matrimonial qui était le régime légal allemand de la "communauté d'administration et de jouissance", pour celui de la communauté de meubles et acquêts.

Le tribunal français a homologué la demande des conjoints. Cependant pour ce faire, il a appliqué la loi française et non la loi allemande. Et si on s'en tient à la doctrine et à la jurisprudence française contemporaine, on constatera que, bien que les époux pouvaient modifier leur régime après le mariage puisque la loi allemande le permet, ils ne pouvaient le faire qu'à l'intérieur des limites du droit allemand.

Dans une note relative à cet arrêt, Droz analyse ce jugement et fait, entre autres, le commentaire suivant:

"En acceptant que des époux soumis à la loi allemande puissent choisir un nouveau régime *français*, le tribunal fait donc fausse route, et cela bien qu'il constate que la loi allemande permet aux époux de modifier leur régime matrimonial pendant le mariage. En effet, la question de la mutabilité ou de l'immutabilité dépend de la loi applicable au régime lui-même et si un choix pouvait être fait, il devait l'être en tenant compte des différentes possibilités offertes par le seul droit allemand interne"²⁷.

Enfin, le dernier arrêt à être étudié a été prononcé le 7 mars 1973. Dans cette cause, il s'agissait des époux Lorenzo²⁸. Ces derniers, tous deux de nationalité italienne et domiciliés en Italie s'y sont mariés le 21 février 1938 sans avoir préalablement établi de conventions matrimoniales. Par la suite, c'est-à-dire en 1946, ils se sont installés en France où le 18 décembre 1970, ils ont passé devant notaire un acte aux termes duquel ils ont adopté le régime de la communauté des meubles et acquêts tel qu'établi par les articles 1498 et suivants du Code civil français.

Le tribunal a accueilli leur demande pour les motifs suivants. Il a jugé tout d'abord que les époux Lorenzo "ont eu, en se mariant, la volonté commune de s'en remettre au régime matrimonial de leur pays, c'est-à-dire, à défaut de contrat, de soumettre leur statut matrimonial au régime italien de séparation de biens"²⁹. Concernant la possibilité de modifier le régime après le mariage, le tribunal poursuit en spécifiant:

27. *Id.*, 452.

28. Lorenzo, rapporté dans (1973) *Rev. cr. dr. int. pr.* 524.

29. *Id.*, 526.

— “Attendu que c’est donc à la loi italienne, normalement compétente, qu’il faut se référer pour décider de la mutabilité ou de l’immutabilité de ce régime;

— “Attendu que l’article 162 C.c. italien énonce: “les conventions matrimoniales doivent être stipulées par acte public sous peine de nullité. Elles ne peuvent être changées après la célébration du mariage. Elles peuvent être stipulées après la célébration du mariage dans les cas prévus par la loi pourvu qu’elles n’altèrent pas les conventions matrimoniales déjà établies”;

— Attendu que l’article 215 C.c. italien stipule: il n’est pas permis aux époux de contracter une autre communauté universelle de biens que celle des meubles et acquêts. Ladite communauté peut être établie même s’il y a constitution de dot, préservant en tous les cas l’intangibilité des conventions antérieures;

— Attendu qu’il résulte de la combinaison de ces deux articles que les époux Lorenzo, s’étant mariés sans convention matrimoniale, peuvent selon leur propre statut, adopter ultérieurement le régime de la communauté des meubles et acquêts, soumis à homologation”³⁰.

En conclusion, on peut affirmer aisément que la qualification du principe de la mutabilité par la loi du régime ne fait pas de doute. Et la remarque de Jacques Durand dans son rapport sur la France publié dans le volume de l’Union internationale du Notariat Latin est très pertinente:

“La possibilité ou l’impossibilité de modifier le régime primitivement applicable fait partie des caractères de fond de ce régime; en conséquence, il peut être modifié si la loi du régime le permet. Dans le cas contraire, toutes modifications demeurent impossibles. Les restrictions apportées à la mutabilité s’appliquent et, bien entendu, les conditions précisées par la loi du régime doivent être observées”³¹.

Si en France, ce principe est bien ancré et trouve son application en jurisprudence, tel n’est pas le cas au Québec où on s’interroge encore sur la qualification de la mutabilité des régimes matrimoniaux.

30. *Ibid.*

31. Jacques DURAND, rapport sur la France, dans l’Union internationale du Notariat Latin, Commission des affaires européennes, *Régimes matrimoniaux, Successions et Libéralités, Droit international privé et Droit comparé*, les Éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 1978.

SECTION 2

LA QUALIFICATION DE LA MUTABILITÉ EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

Au Québec, cette question de la qualification de la mutabilité des régimes matrimoniaux n'a eu que très peu d'échos en doctrine et jurisprudence. Quelques auteurs seulement se sont penchés sur cette question encore que de façon très sommaire et parfois d'une manière tout à fait incidente³².

C'est en analysant l'arrêt Lérey, que nous avons étudié dans la première section de cette partie, qu'André Cossette énonce quelques idées sur le principe de rattachement de la mutabilité des régimes matrimoniaux.

Après avoir établi que le régime matrimonial se rattache à la loi du domicile matrimonial, Cossette affirme, parlant de la mutabilité:

"Et les époux conservent ce régime matrimonial toute leur vie, avec cette restriction, cependant, que si la loi de leur nouveau domicile le permet (comme la loi de la France par exemple) ils pourront modifier leur régime matrimonial. Dans ces circonstances, les tribunaux du domicile matrimonial ou original devront respecter cette modification"³³.

Toujours dans la même optique, et traitant cette fois de conflit mobile, il ajoute:

"Le conflit mobile pose le problème suivant, à savoir; quelle est l'influence du changement de domicile des époux sur le régime matrimonial? En principe, il n'y en a pas à cause de l'immutabilité du régime. Toutefois, il faut ajouter qu'il appartient à la loi du nouveau domicile de décider si le régime matrimonial peut être modifié"³⁴.

Il est malheureux que Cossette n'explicite pas davantage sa pensée. En écrivant ces deux paragraphes, il qualifie la mutabilité des régimes matrimoniaux et rattache le principe à la loi personnelle. Donc selon cette hypothèse si les époux québécois changent de domicile durant le mariage, et s'établissent dans un pays où existe le principe de l'immutabilité des régimes, ils ne pourront plus invoquer

32. André COSSETTE, "Jurisprudence — Droit international privé — Mutation des régimes matrimoniaux", (1970) 72 *R. du N.* 502; J. TALPIS, "Les lois étrangères rétroactives en matière de régimes matrimoniaux", (1973) 75 *R. du N.* 437; J. G. CASTEL, "Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux", (1962) 22 *R. du B.* 233.

33. COSSETTE, *loc. cit. supra*, note 32, 503.

34. *Id.*, 504.

l'article 1265 C.c. pour modifier leur régime initial. Cependant, un peu plus loin et traitant cette fois-ci du conflit de lois dans le temps, il cristallise le régime matrimonial puisqu'il affirme qu'un changement dans la loi de leur régime matrimonial initial ne peut affecter des époux qui ont changé de domicile "puisque'ils sont soumis à la loi en vigueur "au moment" de la célébration du mariage". Selon lui cette solution de cristallisation du régime initial trouve sa justification dans le principe de l'immutabilité en vigueur au Québec, à l'époque de l'arrêt analysé.

Donc, d'une part, Cossette admet le changement de régime par l'application de la loi personnelle et, d'autre part, la rejette en traitant des conflits dans le temps. Il y a pour le moins un peu de confusion.

C'est à l'occasion d'un commentaire de jurisprudence que Talpis a énoncé ses vues sur la mutabilité des régimes matrimoniaux au droit international privé québécois³⁵. Il s'agissait de la cause *Dame Zamkanetz c. Korneychuck*³⁶. Ce n'est d'ailleurs que de façon incidente que Talpis traite dans ce commentaire de la qualification de la mutabilité des régimes matrimoniaux. Quant au reste du commentaire portant plus spécifiquement sur les conflits mobiles, nous y reviendrons dans la troisième partie du présent article.

En ce qui concerne la mutabilité, Talpis semble affirmer que ce principe relève de la loi du régime. En effet, il affirme, à la toute fin de son commentaire:

"Si nous admettons que la loi régissant le régime matrimonial est celle qui est en vigueur au domicile matrimonial; que ce soit à cause d'une qualification de statut personnel localisée au premier domicile, ou en fonction de la qualification contractuelle ou du fait juridique localisé au domicile matrimonial (Castel), la loi du domicile actuel serait sans effet quant à la mutabilité du régime. Parce que l'immutabilité est un trait essentiel du régime qui entre dans le domaine de la loi compétente. Il faudra donc que cette loi permette la modification du régime pour que les conjoints puissent effectuer cette modification au Québec"³⁷.

Le point essentiel à retenir de cette opinion de Talpis est qu'il considère l'immutabilité comme "un trait essentiel du régime" et par conséquent relevant de la loi du régime. C'est d'ailleurs ainsi que les auteurs ont toujours considéré l'immutabilité surtout du temps où

35. J. TALPIS, *loc. cit. supra*, note 32.

36. *Dame Zamkanetz c. Korneychuck*, (1972) C.S. 855.

37. J. TALPIS, *loc. cit. supra*, note 32, 457.

c'était une règle du Code civil³⁸. Il suffit de feuilleter les rapports de la quatrième séance d'étude de travaux de l'Association Henri Capitant de 1952 pour le constater³⁹.

Quant à Castel, sa position est très claire. Tout comme Talpis, il est d'avis que le principe d'immutabilité est "un trait essentiel" du régime et relève par conséquent de la loi du régime⁴⁰. En effet, après avoir établi que l'immutabilité ne pouvait relever de la loi personnelle et ne pouvait non plus être considérée comme une loi d'ordre public au Québec, il affirme ce qui suit:

"Quoique la prescription du droit québécois se justifie par l'idée d'assurer la stabilité du régime matrimonial, et, par là, du mariage lui-même, l'article 1265 C.c. édicte une règle de fond qui s'incorpore au régime matrimonial des époux. [...] L'immutabilité est un trait essentiel du régime qui entre dans le domaine de la loi compétente"⁴¹.

Nous avons volontairement gardé pour la fin, l'analyse de l'article d'Adrian Popovici, "De la mutabilité du régime matrimonial étranger"⁴², puisqu'il est le seul auteur québécois à avoir étudié de façon complète ce problème de la qualification du principe d'immutabilité et qu'en plus, il n'est pas du même avis que la doctrine et la jurisprudence française de même que de Talpis et Castel, auteurs québécois. En effet, à la note 8 de son article, il annonce déjà la conclusion de la recherche en disant: "Nous tenterons de prouver que l'immutabilité du régime matrimonial dépend du domicile commun des époux et non de leur régime matrimonial"⁴³.

Voyons donc quels sont les arguments qu'il utilise pour en arriver à une telle conclusion.

S'adressant surtout à des notaires qui auraient à préparer un contrat de modification de régime matrimonial pour des étrangers, c'est-à-dire des gens mariés ailleurs qu'au Québec mais domiciliés depuis au Québec, il leur dit qu'ils peuvent sans crainte préparer un tel acte authentique et présenter par la suite la requête de l'article

38. c'est-à-dire avant la modification de l'article 1265 C.c. en 1970.

39. L. BAUDOUIN, *loc. cit. supra*, note 2.

40. J.G. CASTEL, *loc. cit. supra*, note 32.

41. *Id.*, 284.

42. Adrian POPOVICI, "De la mutabilité du régime matrimonial étranger", (1975) 35 *R. du B.* 77.

43. *Id.*, 80.

1266 du Code au tribunal sans problème. Pourquoi une telle affirmation? Tout simplement parce que selon lui les moyens prévus en droit québécois pour attaquer un tel jugement sont inadéquats. Il semble en effet évident que la rétractation de jugement ou la tierce opposition de la part d'un conjoint ne pourrait être admise⁴⁴. Cependant, et il le concède lui-même, ces mêmes procédures pourraient être admises de la part d'un ou plusieurs créanciers qui n'auraient pas reçu signification de la requête, tel que spécifié à l'article 1266 C.c. De plus, il ne faudrait pas s'étonner qu'un créancier des conjoints fasse une opposition au moment même de la présentation de la requête en homologation, opposition basée sur le droit étranger qui régit les conventions matrimoniales de ces clients, en invoquant les auteurs français et québécois. Donc, déjà à ce niveau, les notaires ne sont pas protégés et la solution pratique proposée par Popovici devra s'étayer d'une argumentation théorique solide pour être acceptée par le juge.

Comme autre problème auquel les notaires peuvent être confrontés, Popovici mentionne l'action en nullité. Il semble qu'il ait raison lorsqu'il spécifie qu'il s'agirait nécessairement d'une nullité absolue d'ordre public. Mais lorsqu'il affirme que la nullité absolue devrait être celle du droit québécois, le raisonnement devient plus difficile à maintenir. En effet, puisque depuis 1970 le droit québécois admet la mutabilité contrôlée des régimes matrimoniaux par application de l'article 1265 C.c., il est évident que personne ne pourra faire annuler une requête en homologation pour changement de régime. Devant une telle action, le juge devra se référer à la loi du for pour qualifier l'action. C'est là que tout le problème ressurgit parce que dès ce moment le juge aura à trancher à savoir si le principe de l'immutabilité relève de la loi personnelle ou de la loi du régime. Cet argument de Popovici est donc un cul de sac; il ferme la boucle.

Un peu plus loin, il énonce l'argument de la protection des tiers au moment d'un changement de régime, protection qui se transmet dans les règles énoncées dans l'article 1266 C.c.. À cet effet, il écrit:

"Il semble primordial que toute modification soit soumise aux formalités des articles 1266 C.c. si les époux sont domiciliés au Québec"⁴⁵.

Ceci est tout à fait vrai. Cependant, le principe de la mutabilité ne se retrouve pas à l'article 1266 C.c. mais bien à l'article 1265 C.c.

44. Cf., article 483 C.p.c..

45. A. POPOVICI, *loc. cit. supra*, note 42, 82.

Et de plus, en droit international privé québécois, l'article 6, paragraphe 2 du Code civil prévoit que toutes les règles de procédure sont régies par la loi du for. Donc, ce n'est pas par le biais de l'article 1266 C.c. qu'on pourra qualifier le principe de la mutabilité des régimes.

Un peu plus loin, il énonce deux principes tout à fait valables quand il spécifie qu'il "faut toujours avoir à l'esprit l'importance donnée par le droit français au facteur de rattachement qu'est la nationalité, alors que, chez nous, le facteur de rattachement dominant est le domicile"⁴⁶. Et c'est, selon lui, à cause de ces faits qu'il faut rejeter la doctrine et la jurisprudence française en matière de qualification du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux.

Il est vrai que le droit français attache beaucoup d'importance à la nationalité. Cependant, quand il s'agit de qualifier la loi du régime, le droit français s'en tient à la loi de l'autonomie qui, la plupart du temps, se confond avec celle du domicile matrimonial⁴⁷ et non pas à la nationalité; alors qu'au Québec, dans le même domaine, on s'en réfère à la loi du domicile conjugal pour qualifier la loi du régime. Ce fait n'aurait-il pas lieu de nous rapprocher sensiblement de la solution en droit français plutôt que de nous en éloigner?

Comme dernier argument de fond, Popovici énonce que le principe de l'immutabilité, avant 1970, était fortement lié au Québec à celui de la prohibition des donations entre époux alors qu'en France ce n'était pas le cas, puisque la prohibition des donations est tombée en 1804 et la règle de l'immutabilité en 1965 seulement. Un autre motif qui selon lui nous éloignerait de la solution française.

Je crois qu'il y a beaucoup d'autres motifs légaux et sociaux qui ont fait qu'au Québec⁴⁸ prohibition de donations entre époux et règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales ont toujours été liées. De plus, il ne faut pas oublier la rédaction de l'ancien article 1260 du Code civil qui, lui, ne traitait que de l'immutabilité: "Le mariage, une fois célébré, ces conventions... font irrévocablement loi entre les parties et ne peuvent plus être révoquées ni changées".

46. *Id.*, 82.

47. Ceci fait l'objet de toute une section de la 2ème partie du présent travail.

48. Pensons à la liberté absolue de tester qui n'existe pas en France; à la résistance particulièrement forte des juristes québécois aux changements du Code civil; à l'attitude protectrice et parfois même paternaliste du législateur à l'égard des femmes; etc...

Enfin un dernier argument tiré du texte. Vers la fin de son article, Popovici s'applique à démontrer que dans la rédaction de l'article 1266, les mots "doivent être domiciliés au Québec" seraient un indice quant à la qualification de la mutabilité des régimes par la loi du domicile des conjoints. Je crois plutôt que ces mots veulent simplement dire que les conjoints qui présentent une requête en modification de régime, doivent le faire devant le tribunal du district judiciaire de leur domicile conjoint.

En conclusion à cette seconde section sur la qualification de la mutabilité des régimes, je fais miens les quelques mots de Roberto Socini Leyendecker dans son texte sur les *Rapports patrimoniaux dans la famille en droit international privé comparé*, publié dans le recueil du Notariat Latin. Après avoir fait une étude comparative du changement conventionnel de régime matrimonial en droit international privé, il conclut en disant:

"La question de la mutabilité appartient incontestablement au domaine de la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Cette solution est retenue dans la plupart des pays"⁴⁹.

La question de la qualification de la règle de la mutabilité des régimes matrimoniaux étant réglée, il nous reste à étudier quelle est la règle de rattachement des régimes matrimoniaux en droit international privé français et québécois avant d'entreprendre l'étude de quelques questions plus spécifiques se rapportant à des problèmes de changements dans les régimes matrimoniaux. C'est ce que nous ferons dans la deuxième partie du présent article.

49. Roberto SOCINI LEYENDECKER, *Les Rapports patrimoniaux dans la famille en droit international privé comparé*, op. cit., supra, note 31, p. 184.

DEUXIÈME PARTIE

**LES RÈGLES DE RATTACHEMENT DES
RÉGIMES MATRIMONIAUX
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS**

INTRODUCTION

En droit international privé français, en matière de régime matrimonial, la loi de l'autonomie des parties revêt une importance primordiale. Mais avant d'en arriver à cette règle de rattachement, la doctrine et la jurisprudence ont subi une lente évolution. Cependant qu'en droit québécois, le domicile matrimonial est le point d'attache de la détermination du régime matrimonial.

Dans cette seconde partie, nous tenterons de démontrer que, partant de deux pôles complètement différents, les solutions française et québécoise se rapprochent sensiblement dans leurs solutions pratiques.

SECTION 1

**LA LOI DE L'AUTONOMIE DES PARTIES
DU DROIT FRANÇAIS**

Nous verrons dans une première partie de cette section l'évolution historique de la loi de l'autonomie des parties; puis, dans une seconde partie, quelques applications jurisprudentielles récentes.

Conformément à la limite imposée à cette étude, il n'y sera question que des problèmes soulevés par le régime matrimonial légal, c'est-à-dire des situations où des époux n'ont pas fait de contrat de mariage.

**I- Évolution historique de la
loi de l'autonomie des parties⁵⁰**

Il est admis par tous les historiens français qu'au Moyen-Âge, les juristes n'ont jamais douté que la règle de rattachement des régimes matrimoniaux était la loi réelle. À cet effet, Batiffol affirme

50. Cette partie est particulièrement inspirée de BATIFFOL et LAGARDE *Droit international privé*, 6e éd., Tome II, 1976, nos 618 et ss.; André LEUCK, "Le statut matrimonial et la vie internationale", 75e Congrès des Notaires de France, Tome 2, *La Boule*, 7 au 10 mai 1978, nos 22 et ss.

que cette "solution répondait à la prépondérance générale de la loi réelle et cette loi, surtout en matière immobilière, paraissait satisfaire au mieux les intérêts familiaux"⁵¹.

C'est à Dumoulin, juriste très connu de Paris, qu'on doit un changement dans cette règle de rattachement, dès le début du XVI^e siècle. À la suite d'une consultation à propos du cas des époux de Ganey, Dumoulin pour sauver les biens de ses clients chercha une solution nouvelle. Il tenta d'appliquer au régime matrimonial légal la loi du domicile, comme ayant été choisie tacitement par les époux au moment du mariage. Cette opinion de Dumoulin a été largement et longtemps suivie par le Parlement de Paris malgré des réticences d'un certain nombre d'auteurs. Mais, il n'est pas du tout prouvé que cette application de la loi du domicile relevait de la loi de l'autonomie des parties. Cette idée d'autonomie ne viendra que plus tard.

Batiffol, résumant la jurisprudence du XIX^e siècle, mentionne que cette dernière "a affirmé constamment le principe de la détermination par la volonté des parties de la loi applicable au régime matrimonial, cette volonté se manifestant normalement par le domicile matrimonial, c'est-à-dire le lieu d'établissement du foyer conjugal au moment du mariage"⁵².

C'est vers le milieu du XIX^e siècle que la jurisprudence commença à émettre l'idée que le domicile constitue "la manifestation la plus positive de cette volonté"⁵³. C'est par ce biais qu'on en est venu à reconnaître la loi de l'autonomie de la volonté comme règle de rattachement en matière de régimes matrimoniaux.

Cependant, il y eut encore quelques soubresauts et la jurisprudence ne se stabilisa définitivement qu'après un arrêt de la Cour de Cassation le 4 juin 1935. Dans cet arrêt, il fut décidé⁵⁴ qu'"il appartient aux juges de fond d'apprécier souverainement, d'après les faits et les circonstances, et notamment en tenant compte du domicile des époux, le statut matrimonial"⁵⁵.

Dans ce court extrait du jugement, l'adverbe "notamment" prend une importance capitale. En effet, le domicile des époux n'est plus considéré comme un élément prépondérant, mais plutôt comme un indice parmi d'autres de la volonté des parties. Dans un arrêt plus

51. BATIFFOL et LAGARDE, *op. cit. supra*, note 50, no 618.

52. *Id.*, no 618 et la jurisprudence citée à la note 3 du paragraphe 618.

53. Voir les auteurs cités dans la note (23-2) de André LEUCK, *loc. cit. supra*, note 50.

54. Réc. 4 juin 1935, Zelcer, D.H. 1935, 426.

55. Civ., 5 mai 1953, Dulles, R. 1953, 799.

récent, l'arrêt *Dulles* du 5 mai 1953, la Cour de Cassation est allée un peu plus loin en établissant que "si parmi les circonstances s'offrant à cet égard à l'appréciation souveraine des tribunaux, figure notamment l'intention d'établir le domicile conjugal en un État donné, cette intention, fût-elle établie, n'est pas par elle-même ni exclusive, ni prépondérante, quant à l'interprétation des faits propres à déterminer une présomption de rattachement volontaire du régime matrimonial à une loi plutôt qu'une autre"⁵⁶.

Cependant, cette cause va peut-être un peu loin parce que les époux Dulles fortunés ont mené une vie errante, et par la suite la Cour de Cassation remplaça l'adverbe "notamment" par celui de "spécialement"⁵⁷.

De l'analyse de toute cette jurisprudence, on peut conclure que le régime auquel sera soumis les parties sera le régime auquel les époux se sont volontairement soumis ou du moins paraissent volontairement s'être soumis, lorsqu'on considère la façon dont ils ont établi l'existence de leur ménage et géré leurs intérêts patrimoniaux⁵⁸.

Le principe étant affirmé, quels sont les critères que la jurisprudence a retenus pour établir la détermination de la volonté des parties?

II- Les critères de la détermination de la volonté

Le critère majeur reste le domicile matrimonial. Mais on pourra également considérer d'autres facteurs antérieurs, concomitants ou même postérieurs au mariage.

A- Le domicile matrimonial

Alors qu'avant 1935, on considérait le domicile matrimonial comme établissant la règle de rattachement en matière de régime matrimonial, actuellement le domicile matrimonial n'est plus qu'une "présomption de base". En effet, on l'a vu plus haut, la Cour de Cassation considère maintenant le domicile matrimonial comme un indice parmi d'autres. Pour ce faire, il utilise les mots "notamment" ou "spécialement", et affirme que la considération du domicile matrimonial n'est plus "ni exclusive ni prépondérante".

56. *Ibid.*

57. Voir les causes citées sous la note (25-5) de André LEUCK, *loc. cit. supra*, note 50.

58. Voir dans le même sens, Jacques DURAND, *Régimes matrimoniaux, Successions et Libéralités*, VIIe Congrès de l'Union internationale du Notariat Latin, Bruxelles, 1963.

Donc cette présomption de base qui en est une *juris tantum*, pourra être renversée par d'autres indices prouvant la volonté des parties de fixer ailleurs leur centre d'intérêts.

Mais quel est donc ce domicile matrimonial? Le domicile matrimonial, selon la jurisprudence "est le lieu où les époux entendent fixer et fixent effectivement leur établissement d'une manière stable. En principe, il y a lieu de présumer que leur domicile légal au jour du mariage répond à ces caractères"⁵⁹. Et la présomption sera renforcée lorsqu'on retrouve à ce domicile l'existence d'un établissement industriel ou commercial, où, sans aucun doute, on retrouvera le siège principal de leurs intérêts matériels.

Mais dans les cas embarrassants où les époux n'ont manifestement établi qu'un domicile provisoire sans aucune signification pour leur avenir, la jurisprudence cherchera d'autres critères permettant de fixer la loi du régime.

B) Critères subsidiaires au domicile matrimonial

Batiffol mentionne trois types de circonstances ou critères subsidiaires au domicile matrimonial. Parmi les circonstances antérieures au mariage, pour lui le fait que l'un des époux et surtout le mari ait habité un lieu plus ou moins longtemps avant le mariage, fait présumer qu'une fois mariés les époux entendent s'y fixer définitivement. Au nombre des circonstances concomitantes au mariage, Batiffol note le lieu et la forme du mariage:

"Le lieu du mariage n'est généralement relevé qu'à l'appui de la constatation du domicile matrimonial avec lequel il coïncide mais il a pu exceptionnellement donner une indication contraire. Le mariage en la forme locale, par opposition à la forme consulaire, est aussi fréquemment relevé pour confirmer l'intention des époux de se fixer au lieu de leur domicile"⁶⁰.

Quant aux circonstances postérieures, elles ne seront retenues que dans la mesure où elles manifesteront l'intention des époux au jour de leur mariage. À cet effet, le juge cherchera, dans l'attitude des époux, des faits qui permettront d'établir qu'ils se sont comportés soit comme des époux communs en biens, soit plutôt, comme des époux séparés de biens.

59. Voir la jurisprudence citée par BATIFFOL et LAGARDE pour la note 10, *op. cit. supra*, note 50.

60. *Ibid.*

Jacques Durand, dans son rapport sur le droit international privé français, démontre l'utilité de ces indices subsidiaires. Selon lui, ces indices seront principalement utiles et même parfois nécessaires:

- “1) lorsqu'il s'agit de savoir si le domicile des époux constitue bien un domicile et non une simple résidence;
- 2) lorsque le premier domicile apparaît comme provisoirement imposé aux époux et non résultant de leur propre volonté, situation fréquente à notre époque (étude ou situation provisoire à l'étranger); d'autres indices peuvent alors servir à prouver que les époux, obligés de séjourner à l'étranger, avaient conservé l'esprit de retour dans un autre pays;
- 3) lorsque le domicile a été établi dans un pays à système interpersonnel de législation, notamment quand les régimes prévus procèdent d'une inspiration à caractère religieux”⁶¹.

La jurisprudence récente a retenu ces critères de détermination de l'autonomie de la volonté des parties.

III- Analyse de la jurisprudence récente

La première affaire date de 1972. Il s'agit de l'arrêt *Dame Giz c. Giz*⁶². Avant de rendre son jugement, le juge a demandé à la demanderesse de répondre à un certain nombre de questions à savoir: 1) le domicile de chacun des époux, dans les années qui ont précédé et qui ont suivi leur mariage; 2) leur profession pendant les mêmes années; 3) la situation de leurs biens à la même époque; 4) le domicile, la profession et la nationalité de leurs parents respectifs; 5) les raisons pour lesquelles ils se sont mariés au Nicaragua; 6) la date à laquelle ils ont quitté le Nicaragua.

Il semble que le juge ait posé toutes ces questions à la demanderesse dans le but d'éliminer une première résidence de passage au bénéfice d'un véritable domicile au sens du Code civil français⁶³. On a donc dans cette cause une application des critères subsidiaires au domicile matrimonial.

La seconde cause date également de 1972. Il s'agit de l'affaire *Delle Leboeuf c. Goutbertz*⁶⁴. Dans cette cause, Goutbertz de nationalité française, a épousé en 1915 à Odessa, où il était né et

61. J. DURAND, *op. cit. supra*, note 31, 825-826, no 13.

62. *Dame Giz c. Giz*, (1972) 29 J.D.I. 855.

63. Voir la note de KAHN, *op. cit. supra*, note 62.

64. *Delle Leboeuf c. Goutbertz*, rapportée dans (1972) 99 J.D.I. 594.

avait son domicile, sans contrat, Nathalie Riabinine, russe devenue française par ce mariage. Quelques mois après son mariage, Goutbertz est parti en France pour répondre à ses obligations militaires. Ce n'est qu'en 1919 qu'il est rentré en Russie, pour rejoindre sa femme et en 1931, les époux sont venus s'installer en France.

Par suite d'une action en annulation de vente d'immeuble, le tribunal s'est vu dans l'obligation de déterminer la loi du régime matrimonial de ces époux. La Cour d'appel a établi que les époux étaient mariés sous le régime russe de la séparation de biens pour les motifs suivants:

"Mais entendu que la Cour d'appel relève, par une appréciation souveraine et non dénaturante des éléments de la cause et dans des motifs qui ne sont ni hypothétiques ni contradictoires, que les époux Goutbertz ont, de façon fixe et durable, au moment de leur mariage, établi leur domicile en Russie, qu'ils n'ont quitté qu'à la suite de circonstances contraignantes et qu'ils se sont, de la sorte, placés sous le régime légal de la séparation de biens alors en vigueur dans ce pays"⁶⁵.

Donc, dans cette cause, les circonstances qui ont entouré ce mariage n'ont pas influé sur la décision du tribunal qui s'en tient au domicile matrimonial.

Enfin la deuxième cause à l'étude est la fameuse affaire *Massine*⁶⁶. Dans cette affaire, les époux sont nés en Russie et au moment de leur rencontre à Paris en 1932, ils étaient tous deux réfugiés politiques et déjà mariés. À cette époque, ils avaient un domicile respectif à Paris. En 1936, alors qu'ils étaient engagés par une troupe de Monte Carlo, ils décidèrent de vivre ensemble et suivirent la troupe dans ses nombreux déplacements. En 1939, ayant obtenu le divorce, ils se sont mariés sans contrat à New York à l'occasion d'une tournée aux États-Unis. Quelques mois plus tard, de retour en France, ils s'installèrent à Paris mais quittèrent précipitamment leur appartement à cause de la déclaration de guerre pour revenir aux États-Unis poursuivre leur carrière. En 1942, Massine décida d'acheter un immeuble à Long Beach dans l'État de New York pour y installer définitivement la famille. Dans les années qui suivirent, les époux Massine acquirent chacun à leur tour, par naturalisation, la nationalité américaine. Par la suite, ils

65. *Id.*, 595.

66. *Dame Orlana Milsknikava c. Massine*, rapportée dans (1978) *Revue critique de droit international privé* 76.

vécurent à Londres et en France jusqu'en 1963, année où Massine quitta définitivement le foyer conjugal installé à cette époque à Neuilly.

Devant les circonstances de vie pour le moins inhabituelles, c'est par le biais des critères subsidiaires que le tribunal a établi que la loi du régime était celle de l'État de New York. Il serait bon de citer de larges extraits du jugement, afin de bien saisir le raisonnement du tribunal:

"[...]

— Considérant que l'examen des éléments de la cause ne permet pas d'écarter la présomption que, dans son état actuel, le droit international privé français attache à la loi du domicile.

— Que, bien au contraire, cette présomption est en l'occurrence renforcée par le fait qu'en 1943, à l'expiration du délai légal de résidence, Léonide Massine, puis Tatiana quelques années plus tard, ont acquis par naturalisation la nationalité américaine; qu'ils ont toujours conservé cette nationalité.

— Que l'immeuble de Long Beach n'a pas fait l'objet de mutation et que Léonide Massine a déclaré encore y être domicilié lorsque le 11 juin 1963 il a acquis l'appartement de Montana.

— Qu'il est assez clair, qu'originaires d'un pays où le régime légal était celui de la séparation de biens, les deux époux, qui avaient été précédemment unis par le mariage à des ressortissants qui n'étaient pas français et dont la culture juridique était à peu près inexistante, n'avaient au jour de leur mariage aucune idée précise d'un régime légal communautaire qu'ils seraient censés avoir voulu adopter;

[...] ⁶⁷.

On voit bien que le juge s'acharne, à travers la vie mouvementée des époux Massine à découvrir l'endroit où ils avaient l'intention de fixer un domicile, c'est-à-dire, l'État au monde, où, au moment du mariage, les époux Massine avaient le plus d'attaches. Et d'après le tribunal, cet État est celui de New York.

L'analyse de ces quelques causes de jurisprudence complète assez bien l'étude de la règle de rattachement en matière de régimes matrimoniaux en droit international privé français.

Dans la seconde section de cette partie, nous rechercherons la règle de rattachement des régimes matrimoniaux en droit québécois.

67. *Id.*, 77.

SECTION 2

LE DOMICILE MATRIMONIAL DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

La tendance générale en doctrine et en jurisprudence québécoises est à l'effet que la règle de rattachement des régimes matrimoniaux est le domicile matrimonial. Nous verrons donc, dans cette partie, comment on en est venu à établir cette qualification. Puisque c'est le domicile matrimonial, nous tenterons de donner une définition d'abord du domicile puis du domicile matrimonial. Enfin, dans une dernière partie, nous analyserons quelques causes de jurisprudence en la matière.

I- Règle de rattachement des régimes matrimoniaux en droit international privé québécois⁶⁸

En droit québécois, lorsque l'on cherche à établir la loi qui régit les conventions matrimoniales, c'est qu'on tente d'établir lequel parmi les articles 6-7 ou 8 du Code civil s'appliquera. En d'autres mots, devra-t-on établir qu'il s'agit du statut personnel de l'article 6 ou si on devra appliquer les règles du statut des actes et faits juridiques des articles 7 et 8 du Code? Castel, résumant la doctrine et la jurisprudence affirme, au début de son article sur les conflits de lois et régimes matrimoniaux:

"[...] dans son ensemble, la doctrine et la jurisprudence québécoises, tout en classant le régime matrimonial dans le statut personnel régi par l'article 6 C.c., le considèrent, en fait, comme l'effet d'un contrat exprès ou tacite intervenu entre les époux: la loi du régime est celle à laquelle les contractants se sont référés expressément ou tacitement, et qui règle tous leurs rapports patrimoniaux.

[...] en vérité, le régime matrimonial légal ou conventionnel rentre dans le statut des actes et faits juridiques, c'est-à-dire, en partie seulement, dans le domaine de l'autonomie de la volonté. Ce sont alors les articles 7 et 8 C.c. qui s'appliquent aux obligations conventionnelles ordinaires et qui fournissent un guide précieux au praticien, et non les dispositions de l'article 6 C.c."⁶⁹

Toujours selon Castel, la loi personnelle et la loi réelle ne s'appliquent pas. Pour lui, il s'agit d'une convention expresse ou tacite dont il faut régler les effets. En cela, au Québec on a suivi

68. Cette partie est principalement inspirée de Jean G. CASTEL, *loc. cit. supra*, note 32.

69. *Id.*, 237.

Dumoulin⁷⁰ qui a prôné, au XVI^e siècle en France, la théorie de la volonté présumée des époux. Cette théorie peut se résumer dans le sens suivant: les époux mariés sans contrat n'ont peut-être pas choisi implicitement ou expressément leur régime matrimonial, mais leur volonté s'est exprimée dans le choix de leur domicile matrimonial. C'est au domicile matrimonial qu'on cherchera alors la loi qui s'applique à leur régime légal.

Il nous faut maintenant chercher à définir la notion de domicile avant de tenter d'établir ce qu'est le domicile matrimonial.

II- La notion de domicile

Le Code civil ne définit pas le domicile; il se contente d'établir à l'article 79 en quel lieu il se trouve. Selon cet article "le domicile de toute personne, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où elle a son principal établissement." Citant Dioclétien et Maximien, Mignault donne la définition suivante de domicile:

"Le lieu où une personne a établi le siège principal de sa demeure et de ses affaires, où elle a ses papiers, qu'elle ne quitte que pour quelque cause particulière, d'où, quand elle est absente, on dit qu'elle voyage, et où, quand elle revient, on dit qu'elle est de retour"⁷¹.

Mais, il ne faut pas confondre domicile avec résidence. Toujours selon Mignault, "la résidence, dans le sens propre et rigoureux, est un lieu où l'on se trouve actuellement; elle s'acquiert par l'habitation et se perd avec elle"; alors que "le domicile, au contraire, est indépendant de l'habitation; on ne l'acquiert point, on ne le perd point nécessairement avec elle"⁷².

Donc le domicile n'est pas une relation de fait entre un individu et un bien matériel; c'est plutôt "une relation légale et purement intellectuelle entre une personne et le lieu où elle a son principal établissement"⁷³. La jurisprudence québécoise l'a d'ailleurs toujours traitée ainsi puisqu'elle plaçait, dès le début du siècle, dans *Kay c. Simard*⁷⁴, cet établissement au lieu où une personne transige ses affaires, bien que sa résidence fût ailleurs.

70. A cet effet, voir *supra*, à la section 1 de la présente partie, la théorie de Dumoulin.

71. MIGNAULT, *Traité de droit civil canadien*, Tome 1, Wilson et Lafleur, Montréal, 1895, p. 226.

72. *Id.*, 229.

73. G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Tome 1, Wilson et Lafleur, Montréal, p. 231.

74. *Kay c. Simard*, 5 R.J.R. 9, 481.

Puisque le domicile est une relation juridique et non un fait matériel, il jouira d'une présomption de stabilité difficile à renverser. En effet, la jurisprudence a considéré que des absences allant de trois semaines jusqu'à seize ou parfois plus ne sauraient présumer d'un changement de domicile⁷⁵.

Une fois la notion de domicile bien établie, voyons comment les auteurs et la jurisprudence l'ont conciliée avec la notion de domicile matrimonial.

III- Le domicile matrimonial en droit québécois

C'est dans le *Traité de droit civil canadien* de Mignault qu'il faut aller chercher la première définition de domicile matrimonial au Québec:

“J'ai déjà posé le principe que des personnes domiciliées en pays étranger, et qui s'y marient, restent sujettes aux lois de ce pays, quant à leurs droits matrimoniaux, même lorsqu'elles viennent se fixer dans la province de Québec. Ce pays étranger continue d'être leur domicile matrimonial. Si, au contraire, les époux avaient, lors de leur mariage, l'intention de fixer ailleurs le siège de leur association conjugale, c'est la loi de cet autre endroit qui réglera leurs droits matrimoniaux. Cet endroit sera donc leur domicile matrimonial en quelque lieu qu'ils transportent leur domicile réel. Donc, par “domicile matrimonial”, on entend l'endroit dont les lois régissent les droits matrimoniaux des époux, c'est le domicile du mariage et les effets de ce domicile durent autant que le mariage lui-même. Ce domicile peut être *réel*, celui que les époux avaient lors de leur mariage, ou *d'élection*, c'est-à-dire celui où les époux sont convenus de transporter le siège de leur association conjugale”⁷⁶.

Le principe posé par Mignault s'applique aisément dans l'hypothèse où les deux époux fixent leur domicile après le mariage au même endroit où ils étaient domiciliés avant le mariage. Mais quel sera le domicile matrimonial d'un Québécois qui se marie avec une Ontarienne et vont habiter la Colombie-Britannique après leur mariage? À cette question, Lafleur⁷⁷ ajoute un critère à la définition de Mignault. Ce critère sera le domicile du mari au moment du mariage ou celui que les époux ont adopté immédiatement après.

75. Voir à cet effet, *Waldion c. Brewman*, 23 L.C. 228; *McNamara c. Constantineau*, 3 R. de J. 482; *Talbot c. Corporation de Montmorency*, 57 C.S. 97.

76. MIGNAULT, *op. cit. supra*, note 71, 243.

77. LAFLEUR, *The Conflict of Laws in the Province of Quebec*, Montréal, 1898, pp. 164 et 174.

Puisque les articles 83 et 175 du Code établissent, d'une part, que "la femme non séparée de corps n'a pas d'autre domicile que celui de son mari" et que, d'autre part, "la femme est obligée d'habiter avec le mari, qu'elle doit suivre pour demeurer partout où il fixe la résidence de la famille", il est tout à fait logique que le domicile du mari soit un critère prépondérant dans la fixation du domicile matrimonial⁷⁸.

MacKay, dans un article publié en 1941⁷⁹, était peut-être d'avant-garde lorsqu'il écrivait:

"Le domicile matrimonial, c'est le domicile des époux à l'époque du mariage, domicile caractérisé d'une part par l'établissement de la résidence à tel endroit, et d'autre part par l'intention de s'y établir en permanence, ou du moins pour une période indéfinie..."

Cependant, en analysant la jurisprudence de l'époque⁸⁰, on constate aisément que le domicile du mari au moment du mariage est le seul qui soit pris en considération.

Enfin, Castel⁸¹ pour sa part, devançant les propositions de l'Office de Révision du Code civil, affirme:

"Nous sommes d'avis que le domicile matrimonial devrait être le premier domicile des conjoints après le mariage, c'est-à-dire le lieu où les époux ont l'intention de s'établir après le mariage"⁸².

Quels sont les critères retenus par la jurisprudence pour fixer le domicile matrimonial? C'est ce que nous verrons dans la dernière partie de la présente section.

78. Il est à remarquer que les propositions de l'Office de Révision du Code civil changeront ce critère, les articles 83 et 175 étant modifiés en substance par les articles II 41 et II 53:

II 41 — Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations. Ils se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance.
Ils sont tenus de faire vie commune.

II 53(1) — Les époux choisissent de concert la résidence principale de la famille.
D'ailleurs, au chapitre du droit international privé, l'Office propose un article spécifique qui fera tomber la prédominance du domicile du futur époux:

IX 26(2) — 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, à défaut, par la loi de leur nationalité commune ou encore, à défaut de l'un et l'autre, par la loi du lieu de la célébration du mariage.

79. MacKAY, "Domicile matrimonial", (1941) *R. du B.* 83, 86.

80. On verra quelques causes types dans la deuxième partie de la présente section.

81. J.G. CASTEL, *loc. cit. supra*, note 32.

82. *Id.*, 256.

IV- Analyse de la jurisprudence québécoise

Dans la cause *Brien dit Desrochers c. Marchildon*⁸³, il s'agissait de deux personnes résidentes au New Hampshire, qui s'y sont mariées sans contrat. Revenues plus tard s'installer au Québec, l'épouse intente une action contre Marchildon en se qualifiant de "épouse séparée de biens". Marchildon conteste l'action en prétendant que Mme Brien est commune en biens, donc incapable de prendre action seule. Dans son jugement, le juge réaffirme trois principes énoncés par le juge Ritchie dans *Wadsworth c. McCord*⁸⁴, qui sont:

- 1- that the matrimonial rights of the consorts are governed by the domicile, not the mere residence of the husband at the date of the marriage;
- 2- that the domicile of origin of the husband is not lost by mere residence abroad; such residence must be accompanied by an intention to definitely abandon his domicile of origin and acquire a view one at the place permanently chosen as a new residence;
- 3- that the onus of proof is on the one who offers such change of domicile and that such proof must be clear; if any reasonable doubt exists the domicile of origin will be held to have continued."

On constate aisément que ces trois principes originent d'une prémisse: le domicile matrimonial est le domicile du mari antérieur au mariage.

Dans une autre cause datant de la même époque, *Lemieux c. Lionais*⁸⁵, on retrouve la même prémisse puisque le juge affirme avant même de rendre jugement, "que le régime matrimonial des époux étant établi par la loi du domicile du mari lors du mariage...".

Dans l'affaire *O'Meara c. O'Meara*⁸⁶, on a repris les mêmes principes du juge Ritchie concernant la preuve de domicile, toujours en prenant pour acquis que la base de cette preuve devait être le domicile du mari au moment du mariage. Dans cette cause, puisqu'on n'a pas réussi à prouver que le mari avait changé de domicile au moment de son mariage, on a considéré que son domicile d'origine fixait le domicile matrimonial:

"En l'absence de toute autre preuve, le domicile d'origine du mari, étant dans la province de Québec où il est né, est censé être celui

83. *Brien dit Desrochers c. Marchildon*, (1898) 15 C.S. 318.

84. *Wadsworth c. McCord*, (1885-86) 12 S.C.R. 466, 478.

85. *Lemieux c. Lionais*, 7 R.P. 341.

86. *O'Meara c. O'Meara*, (1916) 49 C.S. 334.

qu'il avait lors de son mariage; et dans ce cas, en vertu de la présomption de l'article 1260 C.c., les époux doivent être considérés comme communs en biens"⁸⁷.

Dans *Lemay c. Dignard*⁸⁸, c'est toujours le même principe qui est mis de l'avant, lorsqu'on affirme que "le statut matrimonial des époux dont le mariage est célébré à l'étranger (Ontario), lorsque le mari est domicilié dans la province de Québec, où les époux continuent à avoir leur domicile après leur mariage, se trouve être, en l'absence de contrat, la communauté de biens conformément aux lois de cette province".

Enfin, dans *Lister c. McAnulty*⁸⁹, le même principe sert de base à l'action en dommages intentée par une épouse, puisque dans le jugement, on retrouve ces mots: "the matrimonial status is fixed by the law of the domicile of the husband..."⁹⁰.

Voilà pour la jurisprudence qui date d'un certain temps. La jurisprudence plus récente pose-t-elle les mêmes principes ou critères pour déterminer le régime matrimonial? C'est ce que nous verrons maintenant en analysant quatre causes de jurisprudence datant des années '70.

La première cause date de 1970. Il s'agit de l'affaire *Armenian c. Armenian*⁹¹. Dans cette cause, bien que le juge ne le dise pas expressément, le domicile commun des époux après le mariage a été plus concluant que celui du mari avant le mariage. Ce principe ressort bien lorsque le juge affirme à la page 10 de son jugement:

"Il appert donc de ce qui précède que les parties sont d'accord pour affirmer que, lors de leur mariage célébré au Caire, en Égypte, le 8 juin 1941, devant l'Archimandrite (Dorotheos) de l'Église Grecque — Orthodoxe, suivant qu'elles l'ont respectivement admis dans le paragraphe 5 de la déclaration et dans le paragraphe 19 de la demande reconventionnelle amendée, elles étaient domiciliées en Égypte; même sans cette admission, ceci se serait inféré du lieu de la célébration du mariage et du fait qu'après le mariage les parties vécurent en Égypte pendant plusieurs années avant d'émigrer au Canada ce qui établirait une présomption non repoussée d'une

87. *Ibid.*

88. *Lemay c. Dignard*, (1926) 65 C.S. 103.

89. *Lister c. McAnulty*, (1940) 78 C.S. 577.

90. *Ibid.*

91. *Armenian c. Armenian*, C.A., no 09-000 443-72, (1970), rapportée dans DELEURY, PRUJINER, *Droit international privé, Recueil de références, textes et jurisprudence*, Faculté de droit, Université Laval, 1977-78, volume II, p. 737.

intention de leur part d'établir leur domicile au Caire au moins à compter de leur mariage."

Dans les deux affaires *Dame ZamKovetz c. Korneychuck*⁹² et *Proschek c. Prochazka*⁹³, le problème entre le domicile conjoint des époux après le mariage et celui du mari avant le mariage ne s'est pas posé puisque les époux étaient tous deux domiciliés du même pays avant le mariage et ont continué à y demeurer longtemps après le mariage.

Enfin, dans l'affaire *Martineau c. Vincent Martineau*⁹⁴, il s'agissait d'une demande de jugement déclaratoire. En effet, les parties par requête, ont demandé au juge de déterminer leur régime matrimonial. Dans cette affaire, le mari né au Québec a toujours été domicilié en Ontario jusqu'à l'époque de son mariage avec Mme Vincent Martineau laquelle, née à Hull, y a toujours résidé. Ils se sont mariés sans contrat, le 4 octobre 1958 à Hull. Après leur mariage, les requérants ont résidé un (1) an au Québec, deux (2) ans en Ontario pour revenir s'établir définitivement au Québec, où ils sont domiciliés depuis lors.

Le juge, ne tenant aucun compte de la jurisprudence antérieure et appliquant plutôt la théorie française de l'autonomie de la volonté a fixé le domicile matrimonial au Québec et les a déclarés communs en biens. Afin d'en arriver à cette conclusion, il mentionne dans son jugement qu'il "existe deux théories relativement au régime matrimonial des époux dans ces circonstances, l'une voulant que le régime matrimonial soit déterminé par le domicile du mari au moment du mariage, l'autre voulant que le régime matrimonial soit déterminé par le premier domicile commun des époux après le mariage"⁹⁵.

Cette façon de voir les choses constitue une première dans la jurisprudence québécoise. Mais ce jugement ne peut être concluant puisqu'il a été rendu en matière non contentieuse. Cependant, cette question sera définitivement réglée lorsque le Parlement québécois adoptera l'article IX 26 du nouveau Code civil⁹⁶.

92. *Zamkovetz c. Korneychuck*, (1972) C.S. 855.

93. *Proschek c. Prochazka*, (1973) C.A. 410.

94. *Martineau c. Vincent Martineau*, (1975) C.S. 1137.

95. *Id.*, 1138.

96. IX 26(2) — "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, à défaut, par la loi de leur nationalité commune ou encore, à défaut de l'un et de l'autre, par la loi du lieu de la célébration du mariage".

Tout ceci complète, pour les fins du présent travail, l'étude de la règle de rattachement des régimes matrimoniaux en droit international privé français et québécois.

Il nous reste à voir, dans une troisième et dernière partie quelques cas d'espèce soulevés par le rattachement de la mutabilité à la loi des régimes matrimoniaux.

TROISIÈME PARTIE

PROBLÈMES SPÉCIFIQUES POSÉS PAR LA QUALIFICATION DE LA MUTABILITÉ DES RÉGIMES MATRIMONIAUX DE L'ARTICLE 1265 DU CODE CIVIL

INTRODUCTION

Sans prétendre vouloir tout régler, nous nous proposons, dans cette troisième et dernière partie, de soulever, quelques problèmes se référant aux régimes matrimoniaux en droit international privé québécois, et de proposer quelques solutions possibles à ces problèmes. Ces problèmes seront soulevés sous trois titres: le renvoi, les conflits dans le temps et conflits mobiles et finalement l'exception d'ordre public.

Dans cette partie, nous n'avons pas l'intention d'opposer systématiquement la solution française à la solution québécoise. Cependant, nous référerons quand même à l'occasion au droit international privé français.

SECTION 1

LE RENVOI

En matière de régimes matrimoniaux, on a dit précédemment que la loi du régime, d'après les règles de conflit du droit québécois, est déterminée par le domicile matrimonial. Donc si deux québécois domiciliés en France depuis nombre d'années se marient sans contrat à Paris, c'est la loi française qui régira leur régime matrimonial. Mais que veut dire l'expression "loi française"? S'agit-

il uniquement des règles de droit interne ou si on doit également se référer aux règles de conflits de lois?

Si on se réfère également aux règles de conflits et que dans notre exemple, et par hypothèse que la loi française dans ses règles de conflits renvoie à la loi québécoise, on se retrouve devant un renvoi au premier degré.

Il peut même arriver que la loi française réfère non pas à la loi québécoise mais à celle d'un troisième pays. C'est le renvoi au second degré.

Au sujet du renvoi, la jurisprudence française est plutôt confuse et contradictoire. Pour ne reprendre que des causes de jurisprudence que nous avons étudiées précédemment, il faut souligner que dans l'arrêt *Leboeuf c. Goutbertz*⁹⁷ en 1972, la théorie du renvoi a été rejetée entièrement alors que dans l'affaire *Massine*⁹⁸, datant de 1978, on l'a acceptée d'emblée. Et pourtant Kahn affirmait en note à la suite de l'affaire *Leboeuf*: "cet arrêt marquera sans doute une date importante dans l'histoire du renvoi en matière de régime matrimonial et même en matière contractuelle de façon générale, car c'est à notre connaissance le premier arrêt qui énonce une doctrine aussi nette et aussi ferme". Cette doctrine à laquelle se réfère Kahn est exposée par le tribunal dans les termes suivants:

— "Attendu qu'elle déduit justement de cette analyse que le choix du régime dépendant de la volonté expresse ou implicite des époux, ceux-ci n'ont pu se référer qu'à la loi interne russe à l'exclusion des règles russes de conflit de lois "dont elle déclare qu'il n'est pas raisonnable de penser qu'ils aient soupçonné l'existence"⁹⁹.

Et pourtant, cinq ans plus tard, dans l'affaire *Massine*, le tribunal a appliqué la théorie du renvoi par l'application des règles de conflits de l'État de New York. Et *Wiederkehr*, en note à la suite du jugement du tribunal affirme que "l'arrêt de la Cour de Paris attirera surtout l'attention par la position qu'il adopte à l'égard du renvoi. En effet, la Cour de Paris estime, contrairement à l'opinion dominante, que le renvoi peut être pratiqué en matière de régime matrimonial".

De ces deux arrêts, il faut retenir tout d'abord que la jurisprudence n'est pas définitivement fixée, mais également comme

97. *Delle Leboeuf c. Goutbertz*, rapportée dans (1972) 99 J.D.I. 594.

98. *Dame Orlana Milsknikava c. Massine*, rapportée dans (1978) *Revue critique de droit international privé* 76.

99. *Delle Leboeuf c. Goutbertz*, rapportée dans (1972) 99 J.D.I. 594, 596.

l'affirme *Wiederkehr*, que l'opinion dominante, est à l'effet de rejeter entièrement le renvoi en matière de régimes matrimoniaux.

Qu'en est-il au Québec? Comme point de référence, nous ne pouvons nous référer qu'à une seule cause de jurisprudence, l'affaire *Ross c. Ross*¹⁰⁰, encore que cette cause ne porte pas sur les régimes mais plutôt sur les successions.

Cette affaire a été portée aux trois paliers de juridiction du Québec et parmi tous les jugements rendus, les cinq juges de la Cour d'appel et un juge de la Cour suprême ont admis la théorie du renvoi partiel.

Dans la doctrine québécoise, Alexandre Gérin-Lajoie¹⁰¹ en 1923 et Jean G. Castel¹⁰² en 1961 se sont prononcés contre la théorie du renvoi.

Si, au Québec, les tribunaux, à la suite de la doctrine, rejettent le renvoi, le principe de la mutabilité ou immutabilité des régimes matrimoniaux sera définitivement toujours régi par la loi du régime. Si, au contraire, on admet, dans certains cas, le renvoi, il pourra arriver qu'à cause de règles de conflits de certains pays, le principe de la mutabilité se résume par l'application de l'article 1265 du Code civil québécois.

Illustrons ce dernier énoncé d'un exemple. Supposons qu'il existe au monde un pays A où c'est le principe de l'immutabilité qui s'applique, mais que, par le biais des règles de conflits, on établisse que ce principe se rattache non pas à la loi du régime mais au statut personnel, lequel est régi par la loi du domicile de ces parties. Toujours d'après notre exemple, deux personnes se sont mariées dans ce pays, sans contrat. Quelques années plus tard, elles émigrent au Québec et s'y installent en permanence. Par la suite, ces gens désirent modifier leur régime matrimonial initial. Deux positions s'affrontent. Si on rejette le renvoi, il faudra admettre qu'à cause du droit interne du pays A, ces époux ne pourront modifier leur régime initial. Si, au contraire, on suit la jurisprudence de *Ross c. Ross* et qu'on admet le principe du renvoi, les règles de conflits du pays A, renvoyant au droit québécois, il faudra permettre à ces gens de modifier leur régime initial puisque le droit québécois l'autorise depuis l'amendement de l'article 1265 C.c..

100. *Ross c. Ross*, (1892) 2 C.S. 8; (1893) 2 B.R. 413; (1894) 25 S.C.R. 307.

101. A. GERIN-LAJOIE, "La théorie du renvoi en droit international privé", (1923) 1 *Revue de Droit* 296.

102. J.G. CASTEL, *loc. cit. supra*, note 12, 181.

SECTION 2

LES CONFLITS DANS LE TEMPS ET LES CONFLITS MOBILES

Cossette¹⁰³, dans un récent article, faisait la distinction suivante entre les conflits mobiles et les conflits dans le temps:

“Le conflit mobile pose le problème suivant, à savoir: quelle est l’influence du changement de domicile des époux sur le régime matrimonial? En principe, il n’y en a pas à cause de l’immutabilité du régime. Toutefois, il faut ajouter qu’il appartient à la loi du nouveau domicile de décider si le régime matrimonial peut être modifié.

Le conflit de lois dans le temps peut s’expliquer comme suit: deux époux sont soumis à un régime matrimonial légal étranger et ils acquièrent par la suite un nouveau domicile. Or, la loi de leur régime matrimonial vient à changer. Est-ce que ce changement s’appliquera au régime auquel sont soumis ces époux? En principe, non, parce qu’ils sont soumis à la loi en vigueur *au moment* de la célébration du mariage. Cette solution trouve également sa justification dans l’immutabilité du régime.”

Tout en étant d’accord avec Cossette à l’effet de dire que le conflit mobile n’affecte pas les régimes matrimoniaux, nous ne partageons pas les raisons qu’il invoque. À notre avis, le vrai motif qui fait qu’il ne peut pas y avoir de conflit mobile en régimes matrimoniaux est que la loi du régime ne relève pas du statut personnel des conjoints mais du domicile matrimonial¹⁰⁴.

Nous nous attarderons donc, dans cette section deuxième, uniquement aux conflits dans le temps. Et dans cette optique, nous tenterons de démontrer que, contrairement à l’opinion de Cossette, les conflits dans le temps peuvent apporter une modification aux régimes matrimoniaux. Et dans ce cas nous suivons l’opinion de Castel qui, à ce sujet, affirmait:

“... une référence à une loi étrangère implique la compétence de cette loi, y compris ses modifications éventuelles. On appliquera la loi voulue par les parties (expressément, tacitement ou par présomption), ainsi que tout changement subséquent”¹⁰⁵

Avant d’aborder la question en droit québécois, il serait bon de voir comment les Français l’ont réglée. Précisons que la question est

103. A. COSSETTE, *loc. cit. supra*, note 32.

104. Voir *supra*, deuxième partie du présent travail.

105. J.G. CASTEL, Critique de *Ambrose c. Ambrose*, (1961) 39 C.B.R. 604.

de savoir si l'on doit en France tenir compte de ces réformes et les appliquer à des étrangers domiciliés en France avant leur survenance.

C'est en 1954 que la Cour de Paris donnera le ton sur cette question dans l'affaire *Lamet*¹⁰⁶. Depuis, dans la jurisprudence, le principe n'a jamais été démenti. Dans cette affaire, la Cour de Paris a appliqué le régime légal polonais de la communauté d'acquêts instauré en 1946, à des Polonais mariés en Pologne en 1930 et établis en France vers 1940.

Ce principe de la non-cristallisation du régime, quoique appliqué dans toute la jurisprudence, subit quand même en France une dérogation substantielle, dans le cas des réfugiés. C'est que dans ces cas, les tribunaux français ont jugé que "l'application des modifications substantielles est choquante, quand elle touche des personnes qui ont fui le pays qui en est l'auteur, en raison de persécutions, c'est-à-dire les réfugiés"¹⁰⁷.

Dans ces cas, la jurisprudence a tout fait pour chercher dans les conventions internationales¹⁰⁸, une dérogation au principe de la non-cristallisation du régime. Et on l'a trouvée surtout dans la convention de 1933 qui assure aux réfugiés le respect des droits acquis, entre autres ceux du mariage, y compris le régime matrimonial. Cependant, pendant quelques années, la jurisprudence française n'accordait cette dérogation des droits acquis qu'aux immigrants qui avaient acquis la qualité de réfugiés et seulement pour des modifications à la loi postérieure à cette acquisition de la qualité de réfugiés¹⁰⁹.

Mais, en même temps, un courant jurisprudentiel naissait en France à l'effet que tous les réfugiés, même non-statutaires, échappent à l'évolution de la loi de leur pays d'origine¹¹⁰. Enfin, c'est l'affaire *Martini*¹¹¹ qui semble avoir fixé la jurisprudence de façon

106. *Lamet*, R. 1954, 810, note de Batiffol.

107. André LEUCK, loc. cit. supra, note 14, 999.

108. Conventions internationales sur la protection des réfugiés de Genève du 28 octobre 1933 et du 28 juillet 1951.

109. Voir à ce sujet: Aix, 22 mars 1955, *Ragimsky*, G.P., 1955, 1. 325, 1955, 670, 1956, 274, note Loussourin; Fort-de-France, 21 juin 1962, *Braescu*, J., 1962, 1010, note Sialelli, R., 1963, 724, note Droz; Civ. 1er Déc. 1969, *Panayotti*, Rép. Defrénois 1970, 29638, note G. Morin.

110. Paris, 23 nov. 1954, *Karalyi*, D., 1955, 245, R. 1956, 63, note Y.L.; Paris, 3 février 1968, Rép. Defrénois 1968, 679, note Droz.

111. Civ. 25 juin 1974, *Martini*, 1974, 678, note Ponsard.

définitive. Même si cet arrêt est en matière successorale, il semble qu'il s'applique à toute matière portant atteinte aux droits acquis des réfugiés, qu'ils soient ou non des réfugiés statutaires.

Voilà qui règle la question des conflits dans le temps en droit international privé français. En résumé, on peut dire que le principe repose sur la non-cristallisation de la loi du régime. Ce principe est cependant atténué par une dérogation au profit des réfugiés, qu'ils soient statutaires ou non.

Dans l'affaire *Zamkovetz c. Korneychuk*¹¹², le juge en vient à la conclusion qu'il y a eu véritablement cristallisation de la loi du régime au jour où les époux ont quitté le pays pour s'installer au Québec. Les faits de cette cause sont assez simples. Deux personnes se marient sans contrat en 1922 en Pologne où ils étaient domiciliés. À cette époque, le régime matrimonial légal est la séparation de biens. Les conjoints quittent la Pologne en 1927 et dès 1930, ils s'installent au Québec. Or, en 1968, l'Union Soviétique promulgue une loi à l'effet que tous les biens acquis par les époux pendant le mariage constituent leur propriété commune, à laquelle chacun des époux a un droit égal. Dans la cause, il ne fait aucun doute que la loi est rétroactive pour les époux vivant en Pologne. La question à laquelle le juge québécois doit répondre est d'établir si cette loi rétroactive s'appliquera également aux époux qui ont quitté le pays et sont domiciliés ailleurs, et dans le cas présent au Québec.

Si le juge avait suivi la solution française, de même que l'opinion de Castel¹¹³, il aurait dû leur appliquer rétroactivement la loi et les déclarer communs en biens, à moins de les qualifier de réfugiés et tenter de leur appliquer les conventions internationales.

Au contraire, et s'appuyant sur des motifs de liberté des individus, le juge affirme que les conjoints:

"... ne vivraient pas en U.R.S.S., il est impensable que des lois actuellement promulguées dans ce pays puissent modifier l'état et la capacité des personnes vivant dans un pays d'adoption où elles ont établi leur domicile volontairement depuis plus de quarante (40) ans. La promulgation actuelle des lois d'un pays ne peut pas affecter les citoyens canadiens dans leur statut personnel."¹¹⁴

Or, ce n'est justement pas le statut personnel des individus qu'on affecte quand on leur applique une modification à leur régime

112. *Zamkovetz c. Korneychuck*, (1972) C.S. 855.

113. J.G. CASTEL, *loc. cit. supra*, note 105.

114. *Zamkovetz c. Korneychuck*, (1972) C.S. 855, 858.

matrimonial, c'est tout simplement une modification au régime. Et on a établi dans la partie deuxième du présent travail que la loi du régime ne relève pas du statut personnel mais du domicile matrimonial. Et la loi du domicile matrimonial ne change pas avec un changement de domicile. Donc si la loi initiale change et qu'elle est décrétée rétroactive, il est logique que ces modifications s'appliquent à tous ceux mariés sous cette loi où qu'ils demeurent au moment des modifications.

Talpis¹¹⁵, dans un commentaire de ce jugement, affirme que tout en respectant l'opinion du juge Lesage, ce jugement ne se justifie pas sur la base des conflits dans le temps:

"Où donc se situe à la lumière de ce qui précède, la décision du juge Lesage? Nous pourrions indiquer à son appui la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Ambrose c. Ambrose* dans laquelle la Cour avait écarté l'effet rétroactif de la loi étrangère. En revanche, cette décision pourrait être stigmatisée selon l'opinion de Cossette et Castel et selon les décisions et conclusions des tribunaux européens."

Cependant, Talpis continue en affirmant qu'il est d'accord avec ce jugement et cherche d'autres motifs pour le défendre. Un des motifs porte sur la notion d'ordre public que nous verrons dans la troisième section de la présente partie.

Enfin, la deuxième cause portant sur ce point est *Proschek c. Prochazka*¹¹⁶. Dans cette affaire, les parties, citoyens tchèques, mariés en Tchécoslovaquie en 1948, sans contrat, ont émigré au Québec en 1949. Afin de rendre le jugement, le tribunal doit se poser les questions suivantes: Y a-t-il eu des changements à la loi tchèque depuis 1948, et, si oui, ces changements affectent-ils les parties?

Après avoir répondu par l'affirmative à la première question, le juge Turgeon, rendant jugement en Cour d'appel et pour répondre à la deuxième question, se fonde sur l'opinion de Castel et réaffirme le principe de la non-cristallisation de la loi du régime.

Tout en étant nouvelle dans la jurisprudence, je crois que cette position sera suivie dans l'avenir au Québec.

Les conflits mobiles et les conflits dans le temps ayant été étudiés, il nous faudra maintenant s'interroger sur l'opportunité de l'exception d'ordre public dans les régimes matrimoniaux en droit québécois.

115. J. TALPIS, *loc. cit. supra*, note 32.

116. *Proschek c. Prochazka*, (1973) C.A. 410.

SECTION 3 L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC

À la suite de la réforme des régimes matrimoniaux en France en 1965, un député du nom de Hubert d'Andigné a demandé au ministre de la Justice si "deux époux demeurant en France, dont l'un est Français et l'autre Belge, et qui, mariés en Belgique, ont adopté, par contrat de mariage reçu devant un notaire belge, un régime de séparation de biens assorti d'une société d'acquêts, avec attribution au dernier vivant des biens compris dans ladite société d'acquêts, peuvent changer de régime en application des dispositions de la loi no. 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux et se placer ainsi sous le régime de séparation de biens prévu par les articles 1536 à 1541 du Code civil"¹¹⁷.

La réponse du ministre était en deux temps, et c'est surtout la deuxième partie qui nous intéresse ici. Selon lui:

"... on doit admettre que les règles du régime matrimonial des époux sont normalement régies par la loi belge. On pouvait dès lors soutenir que cette loi, ayant conservé à l'heure actuelle le principe de l'immutabilité du régime matrimonial, les époux ne peuvent changer de régime. Il convient cependant de noter qu'il serait peut-être possible d'invoquer en faveur de la solution contraire le texte du nouvel article 1397 C.c.. En effet, ce texte faisant état de l'"intérêt de la famille", consacre par là-même une notion d'ordre public familial français qui pourrait conduire à admettre qu'il convient d'en faire profiter tous les époux de nationalité française, ou même tous les époux étrangers domiciliés en France, abstraction faite de la loi matrimoniale à laquelle ils sont soumis."

Même si l'exemple soumis au ministre de la Justice dépasse un peu le cadre du présent travail puisqu'il s'agit d'époux mariés avec contrat, il n'en reste pas moins que cet exemple peut nous servir de point de départ.

Donc, si on résume la réponse du ministre, on peut affirmer que le ministre considère que la règle de la mutabilité des régimes matrimoniaux est une règle d'ordre public et, par conséquent, tout conjoint domicilié en France peut en bénéficier.

Les auteurs français n'ont pas tardé à se faire entendre à la suite de cet énoncé de principe du ministre de la Justice. En effet, parmi ceux-ci figure Deruppé¹¹⁸. Selon lui, "l'ordre public est en droit

117. La question du député et la réponse du ministre sont rapportées à (1968) *Rev. crit. dr. int. pr.* 169.

118. J. DERUPPE, note sous *Domino c. Ginesty*, (1968) *Rev. crit. dr. int. pr.* 65, 68.

international privé une cause d'éviction de la loi normalement compétente". Et commentant la réponse du ministre, il affirme plus spécifiquement:

"Cette façon de raisonner ne peut plus être conciliée avec la conception classique de l'ordre public. Certes, si l'immutabilité des conventions matrimoniales était désormais considérée comme contraire à notre ordre public international, la loi belge serait écartée de même que toute loi qui continuerait à maintenir une stricte immutabilité. Mais le rôle classique de l'ordre public ne pourrait pas conduire à évincer une loi étrangère qui connaîtrait une mutabilité comparable à celle du droit français, quoique conçue selon des modalités différentes ou enfermée dans des limites différentes. Dire que l'article 1397 pourra être appliqué abstraction faite de la loi matrimoniale à laquelle les époux sont soumis, c'est procéder à un rattachement direct à la loi du for, c'est faire de l'ordre public une circonstance de rattachement."¹¹⁹

Pour faire suite à cette réponse ministérielle, Ponsard, à la suite de l'arrêt *Fontaine* que nous avons étudié précédemment¹²⁰, désapprouve le tribunal qui a refusé le changement de régime à ces époux pour des motifs d'ordre public. À cet effet, il spécifie que:

"Toute faculté qui est d'ordre public en droit interne ne doit pas être considérée comme telle au sens du droit international privé.

[...]

Cette réponse ministérielle a été généralement critiquée avec vigueur. On a montré comment elle s'harmonisait peu avec la conception classique de l'ordre public qui, comme on vient de le rappeler, suppose l'examen préalable du droit étranger."

Enfin, en 1972, dans l'affaire *Lamarche c. Lamarche*¹²¹, il était encore question de cette réponse ministérielle. En effet, Lehman, dans une note à la suite de cet arrêt résume la position de la doctrine sur l'exception d'ordre public dans le cadre de la mutabilité des régimes matrimoniaux. Pour lui, "la doctrine est généralement défavorable à une telle application de l'exception d'ordre public. Non seulement elle considère que les intérêts sociaux engagés ne sont pas suffisamment fondamentaux pour faire jouer l'exception d'ordre public international, mais encore elle observe que les exigences de l'ordre public sont normalement fonction du contenu de la loi étrangère que l'on prétend écarter, et non, comme on le voudrait ici, de la nationalité des personnes en cause."

119. *Id.*, 69.

120. Paris, 29 juin 1968, *Fontaine*, (1970) *Rev. cr. dr. int. pr.* 298.

121. *Lamarche c. Lamarche*, (1972) *J. du dr. int.* 280.

On le voit clairement, la position de la doctrine est claire. Il n'est pas question de permettre la mutabilité à des époux domiciliés en France si dans la loi de leur régime, le principe est l'immutabilité du régime, puisqu'on ne pourra pas invoquer l'exception d'ordre public international.

Pour ce qui est du droit québécois, Talpis¹²², en commentant l'arrêt *Zamkovetz*, affirme que ce jugement de la Cour supérieure est "compatible avec le rejet de la législation étrangère rétroactive en ce qu'elle enfreint le concept québécois de l'ordre public international". Mais il n'explicite pas beaucoup son affirmation qui rejette toute la doctrine française. Tout ce qu'il écrit est que, serait contraire à l'ordre public international "toute extension de notre concept interne de la rétroactivité en relation avec droits acquis et simples expectatives en vue d'aboutir au rejet de la loi étrangère".

Donc cette question reste en suspens, surtout au Québec, où le concept de l'ordre public international n'a jamais fait l'objet d'une étude approfondie.

CONCLUSION

Tout au long de ce travail, nous avons tenté de démontrer que deux époux mariés sans contrat sous un régime matrimonial qui n'admet pas la mutabilité, ne pourraient se prévaloir des dispositions de l'article 1265 du Code civil québécois concernant le changement de régime.

Évidemment ce sujet, jadis très important, a perdu de son acuité puisqu'un grand nombre de pays admettent maintenant le principe de la mutabilité. Cependant, il n'en demeure pas moins que la plupart des pays d'Union Soviétique, au contraire du reste du monde, ont adopté plus ou moins récemment le principe de l'immutabilité de même qu'ils ont modifié la loi du régime en se rangeant du côté de la communauté universelle de biens.

Sur cette question de la mutabilité des régimes, la question sera bientôt résolue au Québec du moins, lorsque le gouvernement québécois adoptera l'article IX 26 des propositions de l'Office de révision du Code civil. En effet, puisque cet article prévoit que "le changement ou la modification du régime matrimonial est régi par

122. J. TALPIS, *loc. cit. supra*, note 32, 448-449.

la loi du domicile commun des époux au moment du changement, ou, à défaut, par la loi qui régit leur régime”.

Cependant, le problème reste entier en ce qui concerne les conflits dans le temps posés par les modifications légales apportées par les diverses législations avec effet rétroactif.

Et si on considère que de plus en plus de gens fuient les régimes communistes et immigrent au Québec, par exemple, il serait temps qu'on trouve un moyen quelconque d'éviter, au moins pour ces gens, l'application rétroactive de lois d'un pays qu'ils ont fui.

Dans ces cas très spécifiques, le seul conseil qui peut leur être donné est de demander une modification de régime dès qu'ils pourront faire la preuve de domicile au Québec et dès le jour où l'article IX 26 aura été promulgué.

Cependant, même dans ce cas, il reste un problème à résoudre. Pourront-ils adopter un régime en vigueur au Québec ou devront-ils s'en tenir à une modification située dans le cadre de la loi initiale? C'est ce que la jurisprudence future nous dira lorsqu'elle devra appliquer et interpréter l'article IX 26 de l'Office de révision.