

**ALAIN ROY**

**LA RÉGULATION CONTRACTUELLE DU MARIAGE :  
APPROCHE SOCIO-JURIDIQUE POUR UNE RÉFORME**

**Tome I**

**Thèse  
présentée  
à la Faculté des études supérieures  
de l'Université Laval  
pour l'obtention  
du grade de Docteur en droit (LL.D.)**

**FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ LAVAL  
QUÉBEC**

**FÉVRIER 2001**

**© Alain Roy, 2001**



**National Library  
of Canada**

**Acquisitions and  
Bibliographic Services**

**395 Wellington Street  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada**

**Bibliothèque nationale  
du Canada**

**Acquisitions et  
services bibliographiques**

**395, rue Wellington  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada**

*Your file Votre référence*

*Our file Notre référence*

**The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.**

**L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.**

**The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.**

**L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.**

**0-612-57947-6**

**Canada**



## RÉSUMÉ

Pour une majorité de couples, le cadre du mariage n'est plus délimité par la religion, la communauté et la famille. Dans un esprit d'égalité, de liberté et d'autonomie, il revient désormais aux conjoints de définir eux-mêmes leur projet de vie commune, en fonction de leurs attentes spécifiques.

Or, en assujettissant les couples à un régime juridique uniforme où, particulièrement depuis la réforme du droit de la famille de 1980, la liberté contractuelle occupe un espace restreint, l'État impose sa propre conception du mariage et confronte, d'une certaine façon, la pluralité et la diversité des profils conjugaux qu'autorisent les nouvelles valeurs.

Les profonds changements qui ont marqué la dynamique interne de la relation conjugale et la normativité qui lui est propre, conjugués à certaines théories du contrat véhiculées par la doctrine contemporaine, semblent justifier, d'une part, le remplacement de l'actuel cadre juridique du mariage par une nouvelle forme de régulation axée sur le contrat et, d'autre part, la traduction en termes contractuels explicites de nombreux aspects du mariage

traditionnellement laissés au domaine de la régulation implicite.

Professeur Jean-Guy Belley,  
Directeur

Alain Roy,  
Candi dat

## **RÉSUMÉ**

Le mariage a beaucoup évolué au cours des dernières décennies. Les changements socio-économiques qui se sont succédés les uns après les autres ont provoqué, dans toutes les sociétés occidentales, un renversement des fondements et des valeurs qui cimentaient depuis toujours la relation conjugale.

Pour une majorité de couples, le cadre du mariage n'est plus délimité par la religion, la communauté et la famille. Dans un esprit d'égalité, de liberté et d'autonomie, il revient désormais aux conjoints de définir eux-mêmes leur projet de vie commune, en fonction de leurs attentes spécifiques.

Or, en assujettissant les couples à un régime juridique uniforme où, particulièrement depuis la réforme du droit de la famille de 1980, la liberté contractuelle occupe un espace restreint, l'État impose sa propre conception du mariage et confronte, d'une certaine façon, la pluralité et la diversité des profils conjugaux qu'autorisent les nouvelles valeurs.

Sur la base des conceptions du contrat véhiculées tant par les

acteurs sociaux que par la doctrine contemporaine, notre thèse vise à démontrer qu'il est aujourd'hui socialement et juridiquement légitime d'envisager la régulation de la relation conjugale sous l'angle du contrat.

Conçu en termes d'instrument de communication et de planification flexible et évolutif, le contrat permettrait aux conjoints d'explicitier leur propre cadre normatif en traduisant sous forme d'engagements réciproques les attentes mutuelles qu'ils entretiennent face à leur relation, non seulement au plan économique, mais également au plan relationnel.

Le modèle contractuel que nous préconisons n'aurait pas pour seule vocation d'occuper l'espace laissé vacant par l'abrogation du régime primaire ou de certaines de ses dispositions. Il est davantage question d'un cadre de régulation capable de répondre à l'ensemble des besoins normatifs des conjoints, quel que soit le registre auquel appartiennent ces besoins.

Certes, le modèle suggéré nécessiterait un encadrement professionnel affranchi des limites à l'intérieur desquelles s'articule la pratique notariale du contrat de mariage, puisqu'il suppose le déploiement d'habilités professionnelles situées aux limites du droit et de la psychologie. À l'image de la médiation familiale, le modèle contractuel ne saurait se satisfaire d'une approche professionnelle centrée autour du seul paradigme juridique.

En somme, les profonds changements qui ont marqué la dynamique interne de la relation conjugale et la normativité qui lui est propre, conjugués à certaines théories du contrat véhiculées par la doctrine contemporaine, semblent justifier, d'une part, le remplacement de l'actuel cadre juridique du mariage par une nouvelle forme de régulation axée sur le contrat et, d'autre part, la traduction en termes contractuels explicites de nombreux aspects du mariage traditionnellement laissés au domaine de la régulation implicite.

Professeur Jean-Guy Belley,  
Directeur

Alain Roy,  
Candidat

## **AVANT-PROPOS**

Je tiens à exprimer ma vive reconnaissance à mon directeur de recherches, Monsieur le professeur Jean-Guy Belley. Sans ses précieux conseils, sa grande disponibilité et son soutien indéfectible, cette thèse n'aurait pu être réalisée.

Je tiens également à remercier la Chambre des Notaires du Québec pour son aide financière et professionnelle.

J'adresse aussi mes remerciements à Madame Mélanie Viguié-Bilodeau pour la patience, la vigilance et la rigueur dont elle a fait preuve dans le cadre du travail de mise en page de la thèse.

Enfin, qu'il me soit permis de remercier toutes les personnes avec qui j'ai eu le plaisir de discuter de mon sujet de recherche. De façon toute particulière, j'exprime ma reconnaissance à mon père Julien Roy, notaire de profession, de même qu'à mes amis M<sup>e</sup> Nicole Poulin, Monsieur Jacques Laberge et M<sup>e</sup> Martin Viau.

# **TABLES DES MATIERES**

|                                                                                                                          | <u>Pages</u> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| RÉSUMÉS.....                                                                                                             | i            |
| AVANT-PROPOS.....                                                                                                        | vi           |
| TABLE DES MATIERES.....                                                                                                  | vii          |
| LISTE DES ABRÉVIATION UTILISÉES.....                                                                                     | xiv          |
| NOTE PRÉLIMINAIRE.....                                                                                                   | xvii         |
| INTRODUCTION GÉNÉRALE.....                                                                                               | 1            |
| PREMIERE PARTIE: LE RÉGIME JURIDIQUE DU MARIAGE.....                                                                     | 11           |
| Chapitre 1: Le cadre impératif du mariage ou les limites à la<br>liberté contractuelle des conjoints.....                | 13           |
| Section 1: Les limites imposées par le régime primaire.....                                                              | 15           |
| § 1 Les limites inspirées d'une conception du mariage basée<br>sur des valeurs judéo-chrétiennes.....                    | 18           |
| § 2 Les limites résultant d'une intervention législative vi-<br>sant à corriger certaines injustices socio-économiques.. | 34           |
| Section 2: Les limites imposées au nom de l'ordre public ma-<br>trimonial.....                                           | 50           |

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| Conclusion du chapitre1.....                                        | 57  |
| Chapitre 2: Le droit du contrat de mariage.....                     | 60  |
| Section 1: Les conditions du contrat de mariage.....                | 62  |
| § 1 Les conditions de forme.....                                    | 62  |
| § 2 Les conditions de fond.....                                     | 65  |
| Section 2: Le contenu classique du contrat de mariage.....          | 70  |
| § 1 Le régime matrimonial.....                                      | 71  |
| A. Droit applicable.....                                            | 71  |
| B. Analyse socio-juridique.....                                     | 76  |
| § 2 Les donations.....                                              | 88  |
| A. Droit applicable.....                                            | 90  |
| 1) Les règles communes aux donations par contrat<br>de mariage..... | 90  |
| 2) Les règles spécifiques aux donations entre vifs....              | 93  |
| 3) Les règles spécifiques aux donations à cause de<br>mort.....     | 100 |
| B. Analyse socio-juridique.....                                     | 108 |
| 1) Les donations entre vifs.....                                    | 109 |
| 2) Les donations à cause de mort.....                               | 117 |
| § 3 La contribution aux charges du mariage .....                    | 122 |
| Conclusion du chapitre 2.....                                       | 126 |



|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapitre 3: Le droit des conventions entre époux durant le mariage.....                            | 129 |
| Section 1: De l'immutabilité à la mutabilité des contrats de mariage.....                          | 130 |
| Section 2: Des anciennes prohibitions légales de contracter.                                       | 144 |
| Conclusion du chapitre 3.....                                                                      | 172 |
| CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....                                                              | 175 |
| DEUXIEME PARTIE: L'ORDRE PRIVÉ DU MARIAGE.....                                                     | 182 |
| Chapitre 1: La dynamique de la relation conjugale.....                                             | 185 |
| Section 1: Les fondements de la relation conjugale.....                                            | 186 |
| Section 2: La distribution des rôles.....                                                          | 199 |
| Section 3: Pouvoir et négociation.....                                                             | 212 |
| § 1 La théorie des ressources ou le pouvoir envisagé dans une perspective statique.....            | 214 |
| § 2 La négociation des règles d'échange ou le pouvoir envisagé dans une perspective dynamique..... | 224 |
| Section 4: La communication conjugale.....                                                         | 233 |
| § 1 Les formes de la communication conjugale.....                                                  | 236 |
| § 2 La communication explicite par le contrat.....                                                 | 240 |
| Conclusion du chapitre 1.....                                                                      | 248 |

|                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Chapitre 2: La normativité de la relation conjugale.....                                                                | 250 |
| Section 1: Les sources de la normativité externe.....                                                                   | 251 |
| § 1 La religion et la parenté.....                                                                                      | 252 |
| § 2 Le droit étatique.....                                                                                              | 261 |
| Section 2: Les sources de la normativité interne.....                                                                   | 281 |
| § 1 La réciprocité potentielle.....                                                                                     | 281 |
| § 2 La confiance.....                                                                                                   | 294 |
| A. La confiance dans la relation d'affaires.....                                                                        | 298 |
| B. La confiance dans la relation conjugale.....                                                                         | 307 |
| Conclusion du chapitre 2.....                                                                                           | 314 |
| CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....                                                                                   | 317 |
| TROISIEME PARTIE: LE CONTRAT CONJUGAL: SOURCE D'UNE<br>NOUVELLE NORMATIVITÉ DU COUPLE.....                              | 319 |
| Chapitre 1: La faisabilité pratique du contrat conjugal:<br>analyse des objections traditionnellement<br>invoquées..... | 322 |
| Section 1: Les objections fondées sur une conception<br>traditionnelle du couple.....                                   | 322 |
| § 1 Le couple forme une entité et ne saurait ainsi être<br>le lieu d'un contrat.....                                    | 322 |
| § 2 Les conjoints ne sont pas égaux, ce qui empêche<br>l'expression de consentements libres.....                        | 328 |

|                                                                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 3 La réalité du couple, fondée sur la communication implicite et le don, est incompatible avec le processus de négociation et la logique marchande à la base du contrat..... | 338 |
| Section 2: Les objections fondées sur une conception classique du contrat.....                                                                                                 | 347 |
| § 1 La relation conjugale est évolutive; or le contrat est un instrument statique qui confronte ce caractère évolutif.....                                                     | 347 |
| § 2 La relation conjugale est basée sur la confiance; or, le contrat est un instrument de coercition incompatible avec la confiance.....                                       | 354 |
| § 3 Le contrat mène à la sanction judiciaire; or la relation conjugale ne peut s'accommoder de telles sanctions.....                                                           | 366 |
| Conclusion du chapitre 1.....                                                                                                                                                  | 381 |
| Chapitre 2: La légitimité du contrat conjugal.....                                                                                                                             | 383 |
| Section 1: Contrat et morale matrimoniale: analyse critique du devoir légal de fidélité.....                                                                                   | 384 |
| Section 2: Contrat et justice matrimoniale: analyse critique des règles régissant la dissolution du mariage.....                                                               | 393 |
| Section 3: Contrat et rapports économiques entre conjoints: analyse critique des dispositions impératives du Code civil.....                                                   | 410 |
| § 1 La contribution proportionnelle aux charges du mariage.....                                                                                                                | 411 |

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 2 Le partage du patrimoine familial.....                                          | 417 |
| Section 4: Contrat et rationalité théorique.....                                    | 428 |
| § 1 La rationalité socio-culturelle du contrat conjugal...                          | 428 |
| A. La thèse de Marjorie Maguire Shultz.....                                         | 428 |
| B. La thèse de Lenore J. Weitzman.....                                              | 437 |
| § 2 La rationalité économique du contrat conjugal.....                              | 443 |
| A. La thèse de Michael J. Trebilcock et Rosemin<br>Keshvani.....                    | 443 |
| B. La thèse de Bertrand Lemennicier.....                                            | 449 |
| Conclusion du chapitre 2.....                                                       | 457 |
| Chapitre 3: Le soutien professionnel au contrat conjugal.....                       | 464 |
| Section 1: La pertinence d'une intervention notariale.....                          | 465 |
| Section 2: La nécessité d'une approche notariale<br>renouvelée.....                 | 472 |
| § 1 De l'approche légaliste à l'approche pluraliste.....                            | 475 |
| § 2 De l'approche monodisciplinaire à l'approche multi-<br>disciplinaire.....       | 485 |
| § 3 Vers une pratique dite réflexive.....                                           | 496 |
| Section 3: La planification de la relation conjugale à tra-<br>vers le contrat..... | 502 |
| § 1 Le cadre théorique de la planification contractuelle..                          | 503 |

|                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------|-----|
| §2 Les éléments de la planification contractuelle.....        | 510 |
| A. Les attentes générales et les conceptions entretenues..... | 513 |
| B. Le domicile et les résidences de la famille.....           | 518 |
| C. Le travail et les plans de carrière.....                   | 520 |
| D. L'organisation des tâches domestiques.....                 | 522 |
| E. L'organisation financière.....                             | 525 |
| F. Le régime d'administration et de partage des biens.....    | 527 |
| G. Les enfants.....                                           | 530 |
| H. La religion.....                                           | 533 |
| I. Les relations familiales et sociales.....                  | 534 |
| J. La procédure de suivi et de réévaluation.....              | 538 |
| K. Les compensations monétaires en cas de manquement.....     | 540 |
| L. La procédure de résolution de problèmes.....               | 543 |
| Conclusion du chapitre 3.....                                 | 550 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE.....                                      | 553 |
| TABLE DE LA LÉGISLATION.....                                  | 564 |
| TABLE DE LA JURISPRUDENCE.....                                | 566 |
| BIBLIOGRAPHIE.....                                            | 575 |

## **LISTE DES ABRÉVIATIONS UTILISÉES**

|                      |                                                                                                      |
|----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Arch. europ. sociol. | Archives européennes de sociologie                                                                   |
| B.R.                 | Banc de la Reine                                                                                     |
| C.c.B.C.             | Code civil du Bas Canada                                                                             |
| C.c.Q.               | Code civil du Québec                                                                                 |
| C. de D.             | Cahiers de droit                                                                                     |
| C.A.                 | Cour d'appel                                                                                         |
| Cal. Rptr.           | California Reporter                                                                                  |
| C.N.R.S.             | Centre national de recherche scientifique                                                            |
| Colum. Law Rev.      | Columbia Law Review                                                                                  |
| C.P. du N.           | Cours de perfectionnement du notariat                                                                |
| C.S.                 | Cour supérieure                                                                                      |
| I.Q.R.C.             | Institut québécois de recherche sur la culture                                                       |
| J.C.P.               | Juris-classeur périodique (semaine juridique)                                                        |
| J.Cl.                | Juris-classeur (thématique)                                                                          |
| J.E.                 | Jurisprudence Express                                                                                |
| L.C.J.               | Lower Canada Jurist                                                                                  |
| L.G.D.J.             | Librairie générale de droit et de jurisprudence                                                      |
| Les Cahiers          | Les Cahiers de la direction de la recherche et de l'information de la Chambre des Notaires du Québec |

|                   |                                              |
|-------------------|----------------------------------------------|
| McGill L.J.       | McGill Law Journal                           |
| P.                | Pacific Reporter                             |
| P.C.c.            | Projet du Code civil                         |
| P.U.F.            | Presses universitaires de France             |
| P.U.G.            | Presses universitaires de Grenoble           |
| P.U.L.            | Presses de l'Université Laval                |
| P.U.M.            | Presses de l'Université de Montréal          |
| P.U.O.            | Presses de l'Université d'Ottawa             |
| R.D.U.S.          | Revue de droit de l'Université de Sherbrooke |
| R. du B.          | Revue du Barreau                             |
| R. du B. can.     | Revue du Barreau canadien                    |
| R. franç. sociol. | Revue française de sociologie                |
| R. du N.          | Revue du Notariat                            |
| R.C.S.            | Recueils de la Cour suprême du Canada        |
| R.D.F.            | Recueils de droit de la famille              |
| Rev. tr. dr. civ. | Revue trimestrielle de droit civil           |
| R.F.L.            | Reports of Family Law                        |
| R.G.D.            | Revue générale de droit                      |
| R. J.             | Revue de jurisprudence                       |
| R.J.Q.            | Recueils de jurisprudence du Québec          |
| R.J.T.            | Revue juridique Thémis                       |
| R.L.              | Revue légale                                 |
| R.L.n.s.          | Revue légale - nouvelle série                |
| R.P.              | Rapports de pratique de Québec               |
| S. Cal. L. Rev.   | South California Law Review                  |
| S.C.R.            | Supreme Court Report                         |

|             |                     |
|-------------|---------------------|
| So.         | Southern Reporter   |
| Va. L. Rev. | Virginia Law Review |
| Yale L.J.   | Yale Law Journal    |



## NOTE PRÉLIMINAIRE

Les références à la législation, à la jurisprudence et aux ouvrages de doctrine contenues aux notes de bas de page ont été rédigées conformément aux prescriptions du *Guide des références pour la rédaction juridique* du professeur Didier Lluelles (5<sup>e</sup> édition).

Cependant, sauf exceptions, nous n'avons pas cru bon utiliser les mécanismes de renvois, de sorte que chaque référence est reproduite dans son intégralité autant de fois que nécessaire. En outre, le lecteur constatera que la numérotation des références est divisée par chapitres.

# INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le début d'un siècle marque un temps de pause dans l'histoire des sociétés. Un temps de pause qui permet de tracer des bilans de toute sorte, de bien mesurer les évolutions et les progrès réalisés au cours des dernières décennies.

D'emblée, le passage à l'an 2000 nous procure l'occasion de constater l'immense chemin parcouru au plan technologique et scientifique. On a peine à croire que la station orbitale Myr a été conçue durant le même siècle que les premiers appareils mis au point par les frères Wright en Caroline du Nord. L'avancement informatique nous procure le même degré d'ébahissement. Symbole de science fiction il y a à peine cinquante ans, l'ordinateur occupe aujourd'hui une place centrale dans nos vies professionnelles et personnelles.

Au plan social, bien qu'ils soient moins flamboyants, les progrès demeurent tout aussi déterminants. Dans la seconde moitié du vingtième siècle, plusieurs changements sociaux et économiques ont provoqué un bouleversement des valeurs, des modes de vie et des institutions dont la stabilité semblait pourtant assurée.

Parmi les institutions affectées par ces changements se trouve le mariage. Indéniablement, les fondements du mariage et les valeurs conjugales véhiculées ont profondément évolué au cours des cinquantes dernières années.

Alors qu'autrefois, la procréation constituait la raison d'être du mariage, les conjoints s'unissent aujourd'hui parce qu'ils croient trouver dans le mariage le bonheur nécessaire à leur équilibre émotionnel et affectif. Alors qu'autrefois, les rôles conjugaux étaient systématiquement distribués en fonction du sexe, ils sont aujourd'hui négociables et interchangeable. Alors qu'autrefois, la femme était subordonnée à l'autorité de son mari, le mariage met aujourd'hui en rapport deux partenaires institutionnellement égaux<sup>1</sup>.

Évidemment, la redéfinition des valeurs et des fondements du mariage a fragilisé le lien matrimonial. Contrairement à la relation traditionnelle où le caractère indissoluble du mariage et la sécurité économique et affective des enfants avaient préséance sur le bien-

---

<sup>1</sup> Voir notamment Johanne BOISVERT, «Les familles à la recherche d'un nouvel équilibre... et le point de vue du mouvement familial», dans CONSEIL DE LA FAMILLE. Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents. Québec, Publications du Québec, 1996, p. 85 ; Claude MICHAUD, «Le mariage et la famille : des réalités déssoudées», dans CONSEIL DE LA FAMILLE. Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents. Québec, Publications du Québec, 1996, p. 195 ; Jacques GRAND'MAISON, «Les différents types de famille et leurs enjeux», dans Bernard LACROIX (dir.), Vive la Famille. Montréal. Éditions Fides, 1993, p. 15, p. 17 et suiv. et Louis ROUSSEL, «L'évolution de la notion de couple en Europe», dans ASSOCIATION NATIONALE DES ASSISTANTS DE SERVICE SOCIAL (A.N.A.S.), Couple, famille et société, XLe congrès de l'A.N.A.S., Paris-Sorbonne, 1985, p. 15, à la page 21.

être personnel et affectif des époux, aucune norme sociale, économique, familiale ou même juridique ne semble assez puissante pour maintenir aujourd'hui une relation dans laquelle les conjoints n'arrivent plus à réaliser la plénitude de leurs attentes<sup>2</sup>. Selon des rapports récents, plus d'une union sur deux aboutirait à une rupture. En outre, 50% des nouveaux couples qui choisissent de demeurer unis seraient soi-disant insatisfaits de leur relation<sup>3</sup>.

Face à ce constat d'instabilité, il nous est apparu légitime de nous interroger sur la suffisance ou la pertinence du cadre juridique et normatif à l'intérieur duquel s'articule la relation conjugale contemporaine. Le cadre actuel répond-il adéquatement aux besoins de régulation des conjoints? Y aurait-il lieu de proposer de nouveaux modèles d'organisation davantage adaptés aux nouvelles valeurs conjugales? À cet égard, le contrat, comme mode de régulation privée et explicite, pourrait-il représenter une voie de recherche intéressante? C'est l'hypothèse que nous soulevons dans la présente thèse.

Sur la base de l'évolution de la relation conjugale au cours des dernières décennies, tant au plan de sa dynamique interne que de sa normativité privée, et en faisant appel aux nouvelles conceptions du contrat véhiculées tant par les acteurs sociaux que par la doctrine

---

<sup>2</sup> François DE SINGLY. *Sociologie de la famille*. Paris, Nathan. 1993. p. 86.

<sup>3</sup> Jean-Marie BOISVERT, Madeleine BEAUDRY et Robert LADOUCEUR. *La perception de la vie de couple chez les jeunes adultes*. Sainte-Foy, P.U.L., 1994.

contemporaine, nous souhaitons démontrer qu'il est aujourd'hui légitime de proposer le contrat comme principal mode de régulation des rapports conjugaux, aussi bien personnels que patrimoniaux.

N'est-ce pas justement le rôle d'un contrat que d'établir un ordre privé - ajusté aux contours spécifiques de chaque relation - et de concilier les intérêts divergents de partenaires autonomes et institutionnellement égaux qui cherchent, à travers la relation, à maximiser leur satisfaction personnelle?

Il est vrai qu'on a longtemps opposé conjugalité et contrat, sous prétexte qu'amour et rationalité ne faisaient pas bon ménage. N'y a-t-il pas lieu, cependant, de revoir cette dichotomie? Comme toute autre interaction humaine, les rapports conjugaux ne reposent-ils pas, du moins en partie, sur une dynamique de réciprocité, elle-même fondée sur une logique d'échange? Le couple ne représente-t-il pas une association dont le maintien et le fonctionnement nécessitent non seulement amour et sentiment, mais également planification et organisation?

Dans une première partie, nous nous intéresserons au régime juridique du mariage et à son évolution récente. En somme, il s'agira d'exposer le cadre légal québécois du mariage, tel qu'il existe aujourd'hui et tel qu'il existait dans le passé. Avant de proposer de nouveaux modèles de régulation du mariage, il nous est apparu impérieux de présenter, dans une perspective historique, le régime

légal en vigueur.

Nous décrirons d'abord le cadre impératif auquel sont assujettis les conjoints, tant en cours de mariage qu'au moment de sa dissolution. Nous dégagerons ensuite l'espace de liberté contractuelle que leur accorde le législateur dans l'organisation de leur relation. À cet égard, nous nous emploierons à délimiter l'objet du contrat de mariage et des autres conventions susceptibles d'intervenir entre eux.

La deuxième partie porte sur l'ordre privé du mariage. Sur la base d'analyses psychologiques et sociologiques de la relation conjugale, publiées tant au Québec que dans les autres États occidentaux, nous tenterons d'expliquer la dynamique interne des rapports conjugaux d'hier et d'aujourd'hui et d'identifier les sources normatives qui en assurent le fonctionnement. Au-delà des règles de droit, comment la relation conjugale s'articule-t-elle au quotidien? Telle est la question à laquelle nous tenterons de répondre.

Il importe de préciser que nous ne baserons notre réflexion que sur les études et analyses déjà réalisées en la matière. Ainsi, le lecteur ne doit pas s'attendre à trouver le résultat d'une recherche empirique que nous aurions nous-mêmes menée auprès des couples. Il s'agira d'établir une synthèse des écrits émanant des chercheurs spécialisés et non de présenter le fruit d'une véritable enquête de terrain dont nous serions le maître d'oeuvre.

D'aucuns pourront s'étonner de retrouver des développements sociologiques, voire même psychologiques, dans une thèse dont le paradigme est d'abord juridique. Le cadre multidisciplinaire de la recherche justifiait toutefois un tel détour dans les disciplines voisines. Il n'est pas question, dans la présente thèse, de présenter l'état du droit sur un point particulier, en faisant toutes les nuances qu'impose une telle opération, mais de soulever des interrogations sur la pertinence du droit, eu égard aux changements sociaux et culturels intervenus au cours des dernières décennies<sup>4</sup>. Dans cette perspective, il aurait été insuffisant de préjuger des évolutions, en fonction de nos convictions ou impressions personnelles ; il apparaissait nécessaire de les identifier objectivement, en nous autorisant de la littérature spécialisée.

Dans la troisième et dernière partie, nous étayerons concrètement notre hypothèse de recherche. Notre analyse nous amènera à soutenir deux conclusions spécifiques. D'une part, le cadre juridique du mariage décrit dans la première partie pourrait avantageusement être remplacé par un modèle de régulation contractuelle, respectant non seulement les impératifs sociaux du mariage, mais aussi les

---

<sup>4</sup> Nous nous inscrivons ici dans l'orientation de recherches préconisée par Marie-Thérèse Calais-Auloy: « Le rôle du juriste n'est pas en effet, nous semble-t-il, uniquement de classer, de répertorier, éventuellement d'interpréter. Il est aussi, dans la mesure du possible, de juger et d'essayer de découvrir le droit qui se crée, qui pourrait être créé. Il ne s'agit pas, bien entendu de chercher à défendre des idées personnelles, mais d'essayer, comme chacun pourrait le faire, d'apprécier ce qui existe dans la loi et de voir éventuellement ce qui pourrait être changé, eu égard aux principes généraux du droit et des besoins de notre société » : Marie-Thérèse CALAIS-AULOY. « Suggestions pour une réforme du divorce », (1980) 79 *Rev. tr. dr. civ.* 42.

nouvelles valeurs conjugales révélées dans la deuxième partie. D'autre part, de nombreux aspects du mariage traditionnellement laissés au domaine de la régulation implicite pourraient utilement être explicités en termes contractuels.

À cet égard, nous nous emploierons d'abord à démontrer la faisabilité du modèle contractuel, en analysant la valeur des objections qu'on lui oppose traditionnellement. Nous nous pencherons ensuite sur sa légitimité au plan de la morale et de la justice matrimoniale, puis au plan de l'organisation des rapports économiques entre époux. Nous présenterons également les principales études réalisées à ce jour sur la rationalité socio-culturelle et économique de la thèse soumise.

Enfin, pour conclure cette troisième et dernière partie, nous aborderons la question de l'encadrement professionnel du modèle contractuel proposé. Au-delà des arguments théoriques, nous discuterons du soutien professionnel que nécessiterait l'élaboration pratique d'un contrat conjugal au sens où nous l'aurons défini.

Cela dit, il convient de préciser immédiatement que le cadre d'analyse de la thèse se limite au mariage. À une époque où une forte proportion de couples choisissent l'union de fait au détriment du mariage, une telle perspective peut, à première vue, sembler



incomplète, voire même anachronique<sup>5</sup>.

Toutefois, le lecteur constatera que la logique qui sous-tend le modèle contractuel proposé est tout autant applicable à l'union de fait qu'au mariage. En somme, si la régulation contractuelle représente aujourd'hui une option légitime pour les conjoints mariés, à plus forte raison devrait-elle l'être pour les conjoints de fait, puisque l'union de fait est exempte du lourd héritage historique, sociologique et juridique du mariage qui, pendant de longues décennies, a véhiculé des valeurs en parfaite opposition avec la rationalité contractuelle<sup>6</sup>. Qui plus est, l'union de fait ne fait en principe l'objet d'aucun encadrement légal, ce qui procure aux conjoints de fait une liberté d'action à laquelle ne peuvent actuellement prétendre les conjoints mariés<sup>7</sup>.

Le lecteur remarquera également que le modèle proposé ne s'applique qu'aux rapports des conjoints entre eux et non avec les tiers, quels qu'ils soient. Ainsi, les relations que peuvent entretenir les conjoints avec les enfants qui partagent leur quotidien ne sont pas

---

<sup>5</sup> Francine LEPAGE, Guylaine BÉRUBÉ et Lucie DESROSIERS, *Vivre en union de fait au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1992, p. 7 et suiv.

<sup>6</sup> Francine LEPAGE, Guylaine BÉRUBÉ et Lucie DESROSIERS, *Vivre en union de fait au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1992, p. 19 ; Lynn FELS, *L'union libre au Canada*, La Salle, Hurtubise HMH, 1984, p. 49. Voir également Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 118.

<sup>7</sup> Voir Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1994, pp. 417-425 ; Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, pp. 298-300.

considérées, si ce n'est accessoirement.

Soit, nous admettons que les enfants représentent dans bien des cas une donnée centrale du mariage et qu'il aurait été fort intéressant d'imaginer un modèle contractuel les intégrant à part entière, en tant que parties contractantes. Ainsi, au lieu d'un contrat dit «conjugal», nous aurions alors traité d'un contrat dit «familial». Un tel projet aurait toutefois nécessité une analyse des contrats en contexte d'autorité, ce qui constitue un tout autre sujet d'étude<sup>8</sup>.

Avant d'entreprendre la première partie, une dernière précision s'impose. Concevoir la relation conjugale sous l'angle du contrat ne revient pas nécessairement à prôner la suppression de toute forme de régulation étatique du mariage. Le mariage est et demeurera un acte aux implications tant privées que publiques. Aussi, l'État aurait-il toujours un intérêt légitime à légiférer sur le mariage et à vouloir lui procurer un certain encadrement.

Le modèle contractuel que nous proposons n'est pas envisagé en opposition à la loi, mais en complémentarité. Il postule l'autonomie et la liberté des conjoints de définir eux-mêmes leur cadre matrimonial, mais à l'intérieur de certaines balises dont les limites pourraient avantageusement être fixées par l'État. En somme, la

---

<sup>8</sup> Voir sur cette question Violayne LEMAY, Jean-Guy BELLEY, Andrée LABERGE et Claude SAINT-MARTIN, *Protéger en négociant. Le défi de l'entente sur mesures volontaires avec les jeunes en troubles de comportements sérieux*. Rapport de recherche, Institut universitaire des centres jeunesse de Québec, Québec, juin 1998.

présente thèse ne préconise pas le retrait de la loi au profit du contrat, mais une réorientation de l'intervention législative en matière matrimoniale.

## **PREMIERE PARTIE**

### **LE RÉGIME JURIDIQUE DU MARIAGE**

Dans la province de Québec, le régime juridique du mariage est imposant et relativement complexe. En se mariant, les conjoints adhèrent automatiquement à un ensemble de règles plus ou moins techniques régissant tant les aspects patrimoniaux qu'extra-patrimoniaux de la relation en devenir.

La présente partie est consacrée à l'étude de ce régime juridique. Dans un premier chapitre, nous tenterons d'établir le cadre impératif qu'impose le législateur québécois aux conjoints, tant durant le mariage qu'au jour de sa dissolution. En d'autres termes, nous nous emploierons à décrire les nombreuses obligations légales qu'emporte le mariage et qui constituent autant de limites à la liberté des conjoints d'établir eux-mêmes les paramètres de leur relation.

Nous nous intéresserons ensuite au contrat de mariage, au sens où le conçoit la doctrine juridique classique. Quels en sont le contenu et l'utilité? En quoi le contrat de mariage participe-t-il réellement à la définition du cadre juridique du mariage? Telles sont les

questions auxquelles nous tenterons de répondre. Enfin, dans un troisième chapitre, nous analyserons les conventions susceptibles d'intervenir entre les conjoints une fois le mariage célébré.

Pour chacun des trois chapitres, nous opposerons systématiquement le droit actuel au droit ancien. Nous nous efforcerons de saisir, à travers l'évolution des règles et de la doctrine, les changements intervenus dans la conception même du mariage. En d'autres termes, nous tenterons, lorsque l'analyse s'y prêtera, de détecter les modifications législatives et les contre-courants doctrinaux susceptibles de refléter une certaine évolution des valeurs conjugales.

Le lecteur ne doit pas s'attendre à trouver ici une analyse détaillée du droit positif québécois en matière matrimoniale. Loin de nous l'intention de présenter une étude exhaustive du patrimoine familial, de la prestation compensatoire, des régimes matrimoniaux ou de toute autre institution juridique. Nous souhaitons fournir au lecteur un portrait général et descriptif de la régulation publique ou étatique du mariage à travers les dernières décennies, sans toutefois en décrire toutes les modalités et toutes les subtilités.

## **CHAPITRE 1**

### **LE CADRE IMPÉRATIF DU MARIAGE OU LES LIMITES À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DES CONJOINTS**

La liberté contractuelle est l'un des principes fondamentaux du droit civil québécois. En vertu de ce principe, les parties à une convention ont le droit de déterminer elles-mêmes le contenu obligationnel de leur engagement<sup>1</sup>. Aussi fondamentale soit-elle, la liberté contractuelle connaît toutefois deux limites importantes : en aucun temps et d'aucune manière, les contractants ne peuvent se soustraire aux dispositions impératives de la loi, ni déroger aux règles qui intéressent l'ordre public<sup>2</sup>.

En matière matrimoniale, le principe de la liberté contractuelle fait l'objet d'une application pour le moins paradoxale. En effet, le législateur se montre parfois permissif envers les conjoints en leur permettant d'établir, par contrat de mariage, certaines ententes

---

<sup>1</sup> Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 94 et suiv.

<sup>2</sup> C.c.Q., art. 1373.

auxquelles ils ne pourraient autrement souscrire<sup>3</sup>.

À l'inverse, le droit matrimonial se caractérise par la présence de nombreuses dispositions impératives et d'ordre public. En choisissant de s'unir par les liens du mariage, les conjoints expriment implicitement leur volonté d'adhérer à un ensemble de règles d'application générale et partant, de limiter leur liberté contractuelle à l'intérieur d'un cadre fortement balisé<sup>4</sup>. Ainsi, le caractère institutionnel traditionnellement reconnu au mariage justifie tantôt un élargissement exceptionnel de la liberté contractuelle<sup>5</sup>, tantôt un rétrécissement considérable.

Nous allons, dans le présent chapitre, exposer le cadre impératif du mariage et incidemment, tenter d'établir les limites qu'impose le législateur québécois à la liberté contractuelle des conjoints. Cette étude devrait nous permettre de dégager l'espace contractuel qui leur est réservé, objet des deuxième et troisième chapitres.

Pour les fins de l'analyse, nous diviserons notre exposé en deux parties. Nous étudierons, dans un premier temps, la teneur des

---

<sup>3</sup> Nous examinerons ces règles exceptionnelles dans le deuxième chapitre.

<sup>4</sup> Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, «Droit actuel et nouveau droit : le point sur le patrimoine familial, la société d'acquêts et les conventions matrimoniales», (1992) 2 *C.P. du N.* 1, 54.

<sup>5</sup> L'expression est du professeur Louis Baudouin : *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 982.

limites imposées aux termes des dispositions impératives de la loi, regroupées depuis 1981 au sein d'un régime impératif de base (section 1). Nous nous pencherons ensuite sur les limites dégagées par les tribunaux et les auteurs à la lumière de la notion plus générale d'ordre public (section 2).

## SECTION 1 : LES LIMITES IMPOSÉES PAR LE RÉGIME PRIMAIRE

Dès 1866, le législateur établissait dans le Code civil une liste impérative des droits et devoirs des époux durant le mariage. Ainsi, traduisait-il en obligations légales les valeurs du mariage qu'il considérait fondamentales et incontournables<sup>6</sup>. En encadrant l'union maritale par des normes plus ou moins générales, le législateur souhaitait répondre à ce qu'il croyait être un besoin social, celui d'instituer une charte du mariage<sup>7</sup>.

En 1980, à l'occasion de la réforme du droit de la famille<sup>8</sup>, le législateur multiplia les dispositions impératives et les regroupa au

---

<sup>6</sup> Voir C.c.B.C., art. 173 et suiv. Même en l'absence d'un texte précis à cet effet, nul ne doutait de la portée impérative de ces dispositions : voir Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 48.

<sup>7</sup> L'expression provient du professeur Caparros : Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, p. 18.

<sup>8</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Notons que la plupart des dispositions adoptées lors de la réforme sont entrées en vigueur le 2 avril 1981: Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la Loi 89*, Montréal, P.U.M., 1983, (Avant-propos).



sein de ce que certains qualifièrent de «régime primaire»<sup>9</sup>. Pour reprendre les termes du doyen Gérard Cornu, le régime primaire constitue «un socle élémentaire inaltérable, une base commune applicable à tous ceux qui s'unissent par les liens du mariage»<sup>10</sup>. En d'autres mots, il s'agit d'un cadre fixe auquel on ne peut déroger, que ce soit aux termes d'un contrat de mariage ou autrement.

Ainsi, à la liste des droits et devoirs des époux établie plus de cent ans auparavant, s'ajoutait dorénavant une série de règles visant à protéger la résidence de la famille et les meubles du ménage<sup>11</sup>, à compenser l'époux ayant contribué à l'enrichissement de l'autre<sup>12</sup> et

---

<sup>9</sup> Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 45, 47 et suiv. ; Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, p. 15 et suiv. ; Germain BRIÈRE, «Les effets du mariage selon la conception du législateur québécois de 1980», (1982) 13 *R.G.D.* 5, 7. Selon certains auteurs, l'expression «régime primaire» doit être limitée à l'ensemble des mesures d'ordre matériel destinées d'une part à organiser la direction de la famille dans un cadre égalitaire, d'autre part à assurer une certaine sécurité matérielle, celle du cadre de vie (protection de la résidence familiale) et la sécurité financière de chacun des époux par la constitution d'un patrimoine familial : Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 62 et p. 67. D'autres considèrent impropre l'utilisation du qualificatif «régime primaire», préférant de beaucoup les expressions «statut patrimonial de base», «statut fondamental», «règles applicables à tous les époux» et «dispositions communes» : Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 17.

<sup>10</sup> Gérard CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, P.U.F., 1981, pp. 8 et 75.

<sup>11</sup> Voir C.c.Q., art. 401 à 408.

<sup>12</sup> Voir C.c.Q., art. 427 à 430.

à partager également la valeur économique de certains biens à caractère familial, indépendamment du régime matrimonial choisi par le couple<sup>13</sup>.

Les différentes limites apportées à la liberté contractuelle des conjoints par les dispositions impératives de la loi peuvent être divisées en deux catégories. On peut regrouper les règles inspirées d'une conception du mariage basée sur des valeurs judéo-chrétiennes dans une première catégorie et classer dans une deuxième catégorie les règles résultant d'interventions législatives visant à corriger des injustices causées par certains phénomènes socio-juridiques.

Pour les fins de la présente thèse et compte tenu de la perspective sociologique et historique qui la sous-tend, nous préférons cette classification à celle retenue par certains auteurs, qui choisissent plutôt d'opposer les dispositions impératives en fonction de leur caractère personnel ou patrimonial<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Cet objectif n'a été véritablement atteint qu'en 1989, à la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, (L.Q. 1989, c. 55), introduisant les articles art. 462.1 à 462.13 au *Code civil du Québec*, aujourd'hui les articles 414 à 426.

<sup>14</sup> Voir par exemple Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 51. Voir également Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 61.

## **§ 1 Les limites inspirées d'une conception du mariage basée sur des valeurs judéo-chrétiennes**

La première obligation fondamentale à laquelle sont assujettis les conjoints est celle de faire vie commune<sup>15</sup>. Avant la réforme du droit de la famille de 1980, la notion de vie commune avait un sens restrictif puisqu'elle ne référait qu'à la simple cohabitation. Ainsi, le *Code civil du Bas Canada* se limitait à imposer à la femme le devoir d'habiter avec son mari à l'endroit où il choisissait d'établir la résidence familiale<sup>16</sup>.

Depuis, la vie commune correspond au fait d'entretenir un projet de vie en commun. Comme l'indique la professeure Monique Ouellette, le concept repose dorénavant «sur l'intention des époux, la qualité de leurs relations et leurs besoins»<sup>17</sup>.

Certes, la cohabitation s'inscrit généralement dans la vie commune, la grande majorité des conjoints choisissant de partager leur

---

<sup>15</sup> C.c.Q., art. 392 al. 3. Sont toutefois dispensés de cette obligation les époux en instance de séparation de corps, de divorce et de nullité du mariage, de même que les époux séparés de corps : C.c.Q., art. 499, 517 et 507.

<sup>16</sup> C.c.B.C., art. 175 et 83 al. 1. Incidemment, le mari était tenu d'y recevoir la femme.

<sup>17</sup> Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal. Éditions Thémis, 1995, p. 136. Sur la portée et le sens du devoir de faire vie commune, voir particulièrement Nicholas KASIRER, «What is *vie commune*? Qu'est-ce que *living together*?», dans Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André CRÉPEAU*, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 487.

quotidien. Il faut toutefois se garder d'assimiler systématiquement les deux concepts. La notion de cohabitation ne réfère qu'à un fait matériel, tandis que celle de vie commune comporte un élément intentionnel<sup>18</sup>. Ainsi, des conjoints peuvent-ils faire vie commune au sens de la loi, sans toutefois cohabiter. D'ailleurs, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994, le législateur autorise expressément chaque conjoint à établir un domicile distinct de l'autre, sans que l'on puisse prétendre que le projet de vie du couple s'en trouve pour autant compromis<sup>19</sup>.

Le mariage est donc une entreprise conjointe ou une communauté de vie qui ne doit d'aucune manière être détournée de ses fins. Ainsi, toute convention qui dérogerait directement ou indirectement à l'obligation de faire vie commune serait dépourvue d'effet. Que les conjoints conviennent de vivre chacun de leur côté, en s'ignorant l'un l'autre comme s'ils étaient de purs étrangers, ne changera en rien la nature et les effets juridiques de leur relation matrimoniale.

Bien qu'à prime abord, on ait peine à imaginer pareille convention, on peut envisager deux circonstances où des conjoints pourraient vouloir se dispenser formellement de leur obligation de faire vie commune. Pensons d'abord aux personnes qui se marient dans le seul but d'obtenir une bourse d'étude ou pour faciliter l'immigration d'un

---

<sup>18</sup> *Commentaires du Ministre de la justice*, t. 1. Québec, Publications du Québec, pp. 64-65. Voir également *Droit de la famille-3121*, J.E. 98-2089 (C.S.).

<sup>19</sup> C.c.Q., art. 82.

étranger<sup>20</sup>.

Certes, il s'agit là d'un détournement illégal du mariage pouvant théoriquement être sanctionné par la nullité<sup>21</sup>. Cependant, avant qu'une telle nullité ne soit obtenue ou qu'un jugement de divorce ne soit prononcé, certains couples pourraient vouloir écarter conventionnellement les effets du mariage incompatibles avec les fins qu'ils poursuivent et principalement, l'obligation de faire vie commune. Qu'importe, celle-ci demeurera intacte.

Pensons également aux conjoints régulièrement mariés, mais désireux de cesser leur cohabitation, sans qu'il ne soit toutefois question de procédures de divorce, de séparation de corps ou de nullité du mariage. Ceux-ci expriment souvent l'intention, à l'occasion de la rupture, de souscrire à une convention contenant une dispense de faire vie commune. Encore une fois, une telle dispense ne produira aucun effet. Les époux demeureront assujettis à l'obligation, indépendamment de leur séparation de fait<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Voir *Loi concernant l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2 et *Loi sur les prêts et bourses*, L.R.Q., c. P-21.

<sup>21</sup> Voir *Kemsies c. Field*, [1946] C.S. 232, 233. Voir cependant *Langlais c. Exama*, [1981] R.L. 13, 18 (C.S.).

<sup>22</sup> *Droit de la famille-2360*, [1996] R.D.F. 235 (C.S.) : *Jourdain c. Bradette*, [1968] B.R. 604. Voir également François AQUIN, «Les conventions entre époux à l'occasion des séparations de fait, des séparations de corps et des divorces», (1976) 1 *C.P. du N.* 191, 198.

Outre cette première obligation, le Code civil impose également aux conjoints un devoir réciproque de fidélité<sup>23</sup>. En matière matrimoniale, la fidélité réfère à l'exclusivité que doivent se garantir les conjoints au plan des rapports sexuels. Selon certains, toute relation amoureuse extra-conjugale pourrait également constituer un manquement au devoir imposé par la loi, même en l'absence de rapports sexuels. Il en serait de même du recours par l'épouse à une technique de reproduction médicalement assistée sans le consentement de son mari<sup>24</sup>. Au sujet du devoir de fidélité, la professeure Monique Ouellette observe généralement :

«Le devoir de fidélité participe de l'essence même du

---

<sup>23</sup> Le devoir de fidélité a désormais le même degré d'intensité à l'égard du mari qu'à l'égard de la femme. Il n'en était pas ainsi autrefois, l'adultère de la femme étant considéré beaucoup plus grave que celui du mari. À cet effet, Pierre-Basile Mignault écrivait : «La faute de la femme est plus grave: 1. Parce qu'étant, à raison de son sexe et de nos mœurs, tenue à plus de réserve, elle blesse plus essentiellement, lorsqu'elle s'en écarte, la morale et l'ordre public; 2. Parce qu'en manquant à ce devoir, elle peut donner le jour à des bâtards, qui, en vertu de la présomption de paternité applicable en mariage, viendront à l'égal des enfants légitimes, prendre leur place dans la famille du mari» : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Wilson et Lafleur, 1895, p. 496. Outre les considérations juridiques, il faut préciser que l'adultère de l'homme était souvent mieux accepté sur le plan social : Renée B. DANDURAND «Les dissolutions matrimoniales : un phénomène latent dans le Québec des années 60», (1985) 9 *Anthropologie et Sociétés* 87, 103.

<sup>24</sup> Pour des discussions sur le sujet, voir généralement Jean-Pierre SENÉCAL, *Séparation, divorce et procédure*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1983, p. 9 ; Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 294. Voir également Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la Loi 89*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 81. Monique Ouellette considère que seul l'adultère est visé par le législateur : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 135.

mariage. Abstraction faite de certaines opinions libérales qui ont d'ailleurs perdu de leur popularité, si tant est qu'elles n'en ont jamais eu, ce devoir est essentiel au maintien de l'ordre et de l'entente.»<sup>25</sup>

Les conjoints ne pourraient donc librement convenir d'une relation matrimoniale «ouverte et permissive» au plan des rapports sexuels. Ainsi, toute stipulation qui autoriserait l'un d'eux à quitter le domicile conjugal à intervalle régulier ou irrégulier, afin de lui permettre d'entretenir une relation extra-conjugale, serait considérée nulle et non avenue. Une convention conclue en prévision de la rupture ne pourrait davantage libérer les conjoints de leur devoir de fidélité, ceux-ci y demeurant assujettis jusqu'à la date de la dissolution<sup>26</sup>, du moins en principe<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 135. Le droit français semble au même effet : Ève MATTEI, «L'état matrimonial», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 83.

<sup>26</sup> François AQUIN, «Les conventions entre époux à l'occasion des séparations de fait, des séparations de corps et des divorces», (1976) 1 *C.P. du N.* 191, 203. Une affaire de France (Aix, 30 janvier 1950, J.C.P. 1950 II, note J.C.) illustre cette affirmation. Le doyen Gérard Cornu la résume ainsi : «On a vu, par exemple, dans un divorce, des époux, impatients de reprendre leur liberté avant la fin des procédures, s'interdire mutuellement toute intrusion dans leur vie privée, comme s'il leur appartenait de s'affranchir eux-mêmes avant l'heure de l'obligation de fidélité» : voir Gérard CORNU, «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461, 475.

<sup>27</sup> Depuis la réforme du droit de la famille de 1980, le législateur reconnaît cependant que dans la réalité, des époux séparés de corps «relâcheront» leur fidélité, puisqu'en matière de filiation, il écarte la présomption légale de paternité lorsqu'un enfant naît plus de trois cents jours après le jugement prononçant la séparation de corps, sauf s'il y a eu reprise volontaire de la vie commune avant la naissance : C.c.Q., art. 525 al. 2. Avant la réforme, voir C.c.B.C., art. 218, abrogé aux termes de l'article 14 de la *Loi instituant au nouveau*

En outre, les tribunaux ont déjà annulé une clause contractuelle aux termes de laquelle un mari s'était engagé à céder certains biens à son épouse au cas d'infidélité. On a considéré qu'un tel engagement avait pour effet d'instituer en affaire privée une considération d'ordre public<sup>28</sup>.

Au devoir de fidélité, le législateur a ajouté, lors de la réforme de 1980, une obligation de respect mutuel<sup>29</sup>. Est-ce à dire qu'une telle obligation était autrefois inexistante? Certainement pas. En fait, ce devoir était si naturel que le législateur de l'époque n'avait pas cru utile de le mentionner spécifiquement<sup>30</sup>.

---

*Code civil et portant réforme du droit de la famille* (L.Q. 1980, c. 39).

<sup>28</sup> *Leroy c. Robert*, [1949] R.P. 225 (C.S.). Voir également Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 185 ; Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans *Chambre des Notaires du Québec, Répertoire de droit, « Famille »*, Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 54.

<sup>29</sup> C.c.Q., art. 392 al. 2.

<sup>30</sup> Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la Loi 89*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 80 ; Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 63. On remarquera que le législateur n'impose pas aux conjoints le devoir de s'aimer, même s'il ne fait nul doute, aujourd'hui, que l'amour constitue le fondement premier du mariage, *Infra*, section 1, chapitre 1, partie 2. Fort heureusement, comme le souligne Irène Théry, « [...] nos soupirs amoureux relèvent encore du non-droit! ». Il faut toutefois noter qu'au début du présent siècle, on a proposé, sans succès, l'ajout d'un tel devoir dans le Code civil français. Sur cette question, voir généralement Irène THÉRY, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, pp. 67-68 et Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Fayard, 1999, pp. 55-56.



Les conjoints sont également assujettis à un devoir de secours et d'assistance<sup>31</sup>. Le devoir de secours leur impose l'obligation de s'apporter mutuellement les ressources matérielles nécessaires à la vie, soit en nature s'ils font cohabitation<sup>32</sup> ou à défaut, sous forme de pensions alimentaires<sup>33</sup>, tandis que le devoir d'assistance les oblige à s'apporter appui, dévouement, affection, support moral, réconfort et soins<sup>34</sup>. Aux yeux du législateur, le mariage est une aventure conjointe où l'esprit d'entraide doit prévaloir.

On ne pourrait donc admettre la validité d'une convention aux termes de laquelle les époux établiraient leur totale indépendance en renonçant, par exemple, au droit d'exiger toute forme de support alimentaire l'un de l'autre. Le professeur Jean Pineau affirme

---

<sup>31</sup> C.c.Q., art. 392 al. 2.

<sup>32</sup> Si les époux font cohabitation, le devoir de secours «[...] s'effectuera jour après jour, de façon quasi automatique, sans même qu'on s'en rende tellement compte, puisqu'il s'agit de dépenses courantes et quotidiennes» : Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 42. Pour une explication détaillée du devoir de secours et une comparaison avec l'obligation des époux de contribuer aux charges du mariage, voir Germain BRIÈRE, «Les charges du mariage», (1967) 2 *R.J.T.* 453.

<sup>33</sup> C.c.Q., art. 585.

<sup>34</sup> Voir généralement Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 64 ; Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la Loi 89*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 82 ; Jean-Pierre SENÉCAL, *Droit de la famille québécois*, t. 1, Farnham, C.C.H./F.M., 1986, p. 646 ; Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 119 et *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 493.

d'ailleurs :

«[...] l'intérêt général exige qu'elle [l'obligation de secours] soit exécutée et qu'elle ne puisse pas faire l'objet d'une renonciation : ces aliments étant indispensables à la survie du créancier, il est normal qu'on ne puisse renoncer à la vie.»<sup>35</sup>

Les tribunaux ont eu l'occasion, à maintes reprises, de réaffirmer ce principe dans le cadre d'instances en séparation de corps. Il faut se rappeler que la séparation de corps ne rompt pas le lien matrimonial. Elle ne fait que dispenser les époux de leur obligation de faire vie commune, laissant intacts tous les autres devoirs du mariage, y compris le devoir de secours et d'assistance<sup>36</sup>.

Or, il arrive fréquemment que des conjoints, dans le cadre de leur convention de séparation, souhaitent renoncer au droit de se réclamer pour l'avenir une pension alimentaire. Unanimement, les tribunaux considèrent qu'une telle renonciation contreviendrait au devoir de secours et devrait par conséquent être invalidée<sup>37</sup>. Plus

---

<sup>35</sup> Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la Loi 89*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 271. Voir également, du même auteur, «L'ordre public dans les relations de famille», (1999) 40 *C. de D.* 323, 326.

<sup>36</sup> C.c.Q., art. 507. Voir également Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 329 ; Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 317.

<sup>37</sup> *Droit de la famille-1566*, [1992] R.D.F. 222 (C.A.) ; *Droit de la famille-954*, [1992] R.D.F. 156 (C.A.), confirmant [1991] R.J.Q. 784 (C.S.). Il semble toutefois que la renonciation dans une convention de séparation de corps puisse, à certaines conditions,

généralement, les tribunaux ont reconnu qu'on ne pouvait valablement convenir, tant et aussi longtemps que dure le mariage, d'un règlement définitif des questions de pensions alimentaires entre conjoints, ceux-ci demeurant assujettis au devoir de secours prévu au régime primaire<sup>38</sup>.

Cela dit, le législateur a également prévu les règles devant régir la direction morale et matérielle du mariage. Indéniablement, le fonctionnement d'une organisation, quelle qu'elle soit, exige qu'on énonce clairement les principes devant régir son administration et sa gestion.

Si le législateur consacre aujourd'hui l'égalité du mari et de la femme en les instituant co-directeurs de la famille, il n'en a pas toujours été ainsi. Autrefois, le législateur conférait au mari un statut d'autorité tant sur la personne de son épouse que sur celle de

---

être prise en compte lors du divorce : *Droit de la famille-387*, [1987] R.J.Q. 1808 (C.S.) et *Droit de la famille-1128*, [1987] R.D.F. 485 (C.S.). Voir également Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 152 et François AQUIN, «Les conventions entre époux à l'occasion des séparations de fait, des séparations de corps et des divorces», (1976) 1 *C.P. du N.* 191, 205. Il faut toutefois noter que l'obligation alimentaire des époux séparés de corps est tempérée par leur obligation mutuelle de rechercher leur autonomie : C.c.Q., art. 587.

<sup>38</sup> Voir particulièrement *Droit de la famille-1978*, [1995] R.D.F. 389 (C.A.), confirmant sur cette question [1994] R.D.F. 343 (C.S.).

ses enfants<sup>39</sup>. En somme, la puissance maritale et paternelle, pour employer les termes du Code civil de l'époque, faisait du mari le maître incontesté du couple et de la famille, du moins sur le plan des rapports juridiques<sup>40</sup>.

En aucun temps et d'aucune manière, les époux n'étaient admis à changer l'ordre établi, que ce soit aux termes de leur contrat de mariage ou autrement<sup>41</sup>. Il aurait été inconcevable que l'on puisse admettre des dérogations aux principes qui cimentaient, du moins le croyait-on alors, la cellule conjugale et familiale. Le professeur Louis Baudouin écrit :

«Si l'autorité maritale et la puissance paternelle telles qu'organisées par le Code de Québec [lire Code civil du Bas Canada], sont les constantes de la vie familiale, elles

---

<sup>39</sup> Suivant l'article 174 C.c.B.C., la femme devait obéissance à son mari et le mari protection à sa femme. Voir également les anciens articles 243 à 245 en matière d'autorité parentale. D'ailleurs, la femme mariée ne pouvait valablement contracter ou ester en justice sans avoir obtenu le consentement de son conjoint, sous réserve des exceptions prévues dans la loi. Voir les anciens articles 176 et 177 C.c.B.C. Voir également l'ancien article 986 C.c.B.C., tel qu'il existait avant 1954.

<sup>40</sup> On doit toutefois reconnaître que dans les faits, la femme exerçait souvent une certaine autorité auprès de son mari et de ses enfants.

<sup>41</sup> À l'article 1259 C.c.B.C., le législateur énonçait la règle qui suit : «[a]insi, les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou appartenant au mari comme chef de l'association conjugale, ni aux droits conférés aux époux par le titre *De la puissance paternelle*, et par le titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation* au présent Code». Pour une perspective française, voir également Gérard CORNU, «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461, 470 et suiv.

présentent un caractère de permanence qui ne saurait être indifféremment le jouet de la seule volonté des intéressés. L'ordre familial ne peut être l'objet d'accords privés qui détruiraient l'armature de la famille. [...]. Le statut familial est donc placé hors d'atteinte de la liberté contractuelle.»<sup>42</sup>

Aussi, étaient considérées nulles et non avenues comme contraires aux principes de la puissance maritale et paternelle toute convention octroyant à l'épouse le choix du domicile conjugal<sup>43</sup>, celle dérogeant au droit du mari d'administrer la communauté de biens<sup>44</sup> et celle ayant pour effet d'étendre ou de restreindre en dehors de certaines limites sa capacité juridique<sup>45</sup>. Il en était de

---

<sup>42</sup> Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 985.

<sup>43</sup> L'ancien article 175 du *Code civil du Bas Canada* énonçait le règle suivante : «La femme est obligée d'habiter avec son mari, qu'elle doit suivre pour demeurer partout où il fixe la résidence de la famille. Le mari est tenu de l'y recevoir». Voir aussi Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 6, Montréal, Théorêt, 1902, p. 141 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 30. Aux termes de l'article 1 de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée* (L.Q. 1964, c. 66), le législateur modifia l'article 175 afin qu'il soit permis à la femme de demander au juge la permission d'avoir une résidence séparée lorsque la résidence choisie par le mari présentait pour la famille des dangers d'ordre physique ou moral.

<sup>44</sup> *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, pp. 27-30 ; Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 185. Pour une perspective française, voir également Gérard CORNU, «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461, 486.

<sup>45</sup> Voir les anciens articles 176 et 177 du *Code civil du Bas Canada*. Le professeur Louis Baudouin donne l'exemple d'une clause par laquelle le mari aurait donné à son épouse le pouvoir de contracter seule, sans son autorisation ou sans autorisation judiciaire ou, au

même des conventions donnant à l'épouse le droit exclusif de consentir au mariage des enfants mineurs<sup>46</sup>, ainsi que celles prévoyant l'éducation des enfants à naître dans la religion de l'un ou l'autre des époux<sup>47</sup>. Enfin, toutes stipulations aux termes desquelles le mari abdiquait son droit de correction sur ses enfants en faveur de sa femme étaient réputées non écrites<sup>48</sup>.

La puissance maritale a été officiellement abolie le 1<sup>er</sup> juillet

---

contraire, aurait établi son incapacité totale de contracter, en toutes circonstances et indépendamment des autorisations obtenues : Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 985. Voir aussi Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, pp. 185-186 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 6, Montréal, Théorêt, 1902, p. 141 et *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, pp. 28-30.

<sup>46</sup> Voir l'ancien article 119 du *Code civil du Bas Canada*. Voir également Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 985. Voir aussi Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 185 ; *Traité de droit civil du Québec*, t.10, par Léon FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 30.

<sup>47</sup> Voir Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 185. Voir également *Traité de droit civil du Québec*, t.10, par Léon FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 27.

<sup>48</sup> Voir les anciens articles 119 et 245 du *Code civil du Bas Canada*. Voir également *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 30.

1964<sup>49</sup>, date à laquelle est entrée en vigueur la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*<sup>50</sup>. Vingt-trois ans plus tard, le législateur conférait l'autorité parentale aux deux époux, reléguant du même coup la puissance paternelle au musée d'anthropologie juridique<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Il faut cependant mentionner que le législateur avait déjà, en 1931, attribué une certaine autonomie à la femme mariée en lui conférant la libre administration et disposition du fruit de son travail : *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, (L.Q. 1930-31, c. 101), introduisant les articles 1425 a à 1425 i C.c.B.C.

<sup>50</sup> L.Q. 1964, c. 6. Voir C.c.B.C., art. 174, 177 et 180, tel que modifiés par la réforme. Il faut toutefois noter que la réforme de 1964 ne porta aucunement atteinte aux rapports pécuniaires des époux, articulés dans les régimes matrimoniaux, de sorte que la femme se voyait à toutes fins utiles privée de la capacité juridique nouvellement acquise, lorsque mariée sous le régime de la communauté de biens, un régime, comme nous le verrons plus loin, centralisant les pouvoirs d'administration entre les mains du mari. De même, malgré la disparition de la puissance maritale, le mari conservait curieusement, au lendemain de la réforme, certains devoirs et prérogatives d'un chef, précisément en ce qui a trait au choix de la résidence familiale et à la contribution aux charges du mariage : C.c.B.C., art. 175 et 176. Voir également, en matière de tutelle et d'exécution testamentaire, les anciens articles 342, 282, 337a et 905 C.c.B.C. Sur toutes ces questions, voir généralement Claude LOMBOIS, «La condition juridique de la femme mariée», (1966) 68 *R. du N.* 457 et 525 ; Claude LOMBOIS, «La condition juridique de la femme mariée» (1966) 69 *R. du N.* 98 et 165 ; Jean PINEAU, «L'élaboration d'une politique générale en matière matrimoniale», (1971) 75 *R. du N.* 3 ; Marcel GUY, «De l'accession de la femme au gouvernement de la famille», dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale, livre du centenaire du Code civil I*, Montréal, P.U.M., p. 199, à la page 206 et suiv. ; Germain BRIÈRE, «Les effets du mariage selon la conception du législateur québécois de 1980», (1982) 13 *R.G.D.* 5., 8-9.

<sup>51</sup> L'expression provient du juge Albert Mayrand : Albert MAYRAND, «Égalité en droit familial québécois», (1985) 19 *R.J.T.* 249, 279. Voir *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, modifiant les articles 242 et suiv. du *Code civil du Bas Canada*. Voir également C.c.Q., art. 600.

Perçue comme un acquis de civilisation, l'égalité constitue désormais un principe juridique fondamental. Aussi, le législateur proclame-t-il : «[l]es époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations»<sup>52</sup> ; «[e]nsemble, ils assurent la direction morale et matérielle de la famille, exercent l'autorité parentale et assument les tâches qui en découlent»<sup>53</sup>.

Aucun d'eux n'étant subordonné à l'autre, les époux conservent désormais en mariage leurs noms et prénoms respectifs<sup>54</sup>. Il leur

---

<sup>52</sup> C.c.Q., art. 392. Voir également *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 47.

<sup>53</sup> C.c.Q., art. 394 et *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 47 al. 2. Selon l'article 398 C.c.Q., chacun des époux peut donner à l'autre le mandat de le représenter dans des actes relatifs à la direction morale et matérielle de la famille. Ce mandat est présumé lorsque l'un des époux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté pour quelque cause que ce soit ou ne peut le faire en temps utile. Dans le quotidien, ce mandat présumé permet donc à chacun des conjoints d'agir seul, en toute efficacité. Voir Germain BRIÈRE, «Les effets du mariage selon la conception du législateur québécois de 1980», (1982) 13 *R.G.D.* 5, 15.

<sup>54</sup> C.c.Q., art. 393. On se souviendra qu'auparavant, en vertu d'une coutume bien établie (consacrée à l'ancien article 56a C.c.B.C. introduit en 1951), la femme mariée avait la possibilité de prendre le nom de son mari. L'article 79 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (L.Q. 1980, c. 39) permet cependant aux femmes mariées avant le 2 avril 1981 de continuer à utiliser le nom de leur mari. Me Denyse Fortin explique l'ancienne coutume de la façon suivante : «[l]e mari étant le chef de la famille dans laquelle la femme entrait par son mariage et exerçant l'autorité parentale sur celle-ci, il allait de soi que la femme mariée prenne le nom de son mari» : Denyse FORTIN, *Évolution du droit de la famille : filiation, rapports personnels et rapports patrimoniaux entre conjoints*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Le manuel du notaire*, Partie I. Traité-Formulaire, Montréal, 1975, p. 19, à la page 99. Pour d'autres considérations sur le nom en matière matrimoniale, voir également Jean BEETZ, «Attribution et changement de nom patronymique», (1956) 16 *R. du B.* 56, 59 et Lyse



revient également de choisir les noms et prénoms de leurs enfants. Tant le nom de famille du père que celui de la mère peut être attribué à l'enfant. Les parents peuvent aussi lui attribuer un nom composé d'au plus deux parties, provenant de leurs noms respectifs<sup>55</sup>. Force est de constater que le nom du mari et du père n'a plus la prépondérance qu'il avait dans le passé<sup>56</sup>.

En outre, les conjoints doivent choisir de concert la résidence de la famille<sup>57</sup> et contribuer aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives<sup>58</sup>. Incidemment, le Code civil établit la

---

LEMIEUX, «Utilisation du nom patronymique de la femme mariée», (1977) 37 *R. du B.* 510.

<sup>55</sup> C.c.Q., art. 51. Voir les règles spéciales prévues par le législateur en cas de désaccord des parents à l'article 52 C.c.Q.

<sup>56</sup> On se souviendra qu'autrefois, c'est uniquement le nom de famille du père qui était transmis à l'enfant : Marcel GUY, «Aperçu général des incidences de la loi 89 sur la pratique notariale», (1981) 1 *C.P. du N.* 1, 12.

<sup>57</sup> C.c.Q., art. 395. En l'absence de choix exprès, la résidence familiale est présumée être celle où les membres de la famille habitent lorsqu'ils exercent leurs principales activités : C.c.Q., art. 395 al. 2. Avant la réforme de 1980, rappelons que le mari choisissait seul la résidence familiale, tandis que la femme était obligée de le suivre partout où il décidait de l'établir, sous réserve de certaines exceptions : C.c.B.C., art. 175. Voir Marcel GUY, «Aperçu général des incidences de la loi 89 sur la pratique notariale», (1981) 1 *C.P. du N.* 1, 12.

<sup>58</sup> C.c.Q., art. 396. Chaque époux peut toutefois s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer. Comme le mentionne le juge Mayrand, la règle institue une égalité proportionnelle et non mathématique. En somme, la proportion constitue le mode le plus raffiné de l'égalité. Voir Albert MAYRAND, «Égalité en droit familial québécois», (1985) 19 *R.J.T.* 249, 262-263 et Claude LOMBOIS, «La condition juridique de la femme

règle selon laquelle l'époux qui contracte pour les besoins courants de la famille engage aussi son conjoint pour le tout<sup>59</sup>. La femme mariée, au même titre que le mari, incarne aux yeux des tiers l'intérêt du ménage. Le principe d'égalité des sexes n'aurait pu tolérer le maintien de l'ancien mandat domestique - mandat légal mais révocable - aux termes duquel la femme mariée se voyait accorder le pouvoir de représenter le mari pour les besoins du ménage et l'entretien des enfants<sup>60</sup>. Aujourd'hui, la femme n'est plus la simple représentante de son mari ; elle est son égale sur le plan juridique.

---

mariée». (1966) 68 *R. du N.* 525, 529. Nous reviendrons sur la contribution aux charges du mariage en relation avec le contrat de mariage dans le deuxième chapitre de la présente partie.

<sup>59</sup> C.c.Q., 397. La solidarité n'existe pas si les époux sont séparés de corps. Elle n'existe pas non plus à l'égard d'un conjoint si ce dernier a préalablement porté à la connaissance du cocontractant sa volonté de ne pas être engagé de la dette contractée par l'autre : Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la Loi 89*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 115. À noter que l'expression «besoins courants de la famille» a le même sens et la même portée que les expressions «besoins courants du ménage», «charges du mariage» et «charges du ménage»: Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, p. 31. Sur la notion de «besoins courants», voir également Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 51-52.

<sup>60</sup> Voir Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 51. Voir également Germain BRIÈRE, «Les effets du mariage selon la conception du législateur québécois de 1980», (1982) 13 *R.G.D.* 5, 14 et Claude LOMBOIS, «La condition juridique de la femme mariée», (1966) 68 *R. du N.* 525, 531 et suiv. L'ancien mandat domestique, devenu légal en 1964, se retrouvait à l'article 180 C.c.B.C. Sur le sujet, voir notamment Monique OUELLETTE-LAUZON, «Le mandat domestique ou "du pouvoir des clefs"», (1972-73) 75 *R. du N.* 91, 104 et 154-173.

Certes, aucune convention matrimoniale ne saurait aujourd'hui altérer ou amoindrir l'égalité des conjoints en attribuant à l'un d'eux un statut d'infériorité ou de subordination<sup>61</sup>. Toute clause qui dérogerait directement ou indirectement à l'égalité des conjoints et à ses diverses applications serait réputée non écrite. En comparant les anciens textes législatifs avec les nouveaux, on constate donc qu'un véritable renversement de valeurs s'est graduellement imposé<sup>62</sup>.

## **§ 2 Les limites résultant d'une intervention législative visant à corriger certaines injustices socio-économiques**

Au Québec, la fin des années '60 et les années '70 ont été marquées par une série de bouleversements socio-économiques. La prolifération des divorces figure au rang des éléments les plus

---

<sup>61</sup> Devant l'absence de chef de famille capable de trancher, il a bien fallu prévoir l'arbitrage du désaccord susceptible de se poser quant à l'exercice des droits et l'accomplissement des devoirs conjugaux. En d'autres termes, il importait d'éviter à tout prix la «quadrature du cercle». Aussi, le Code civil prévoit-il la possibilité pour les époux ou l'un d'eux de saisir le tribunal afin qu'il tranche le différend les opposant, dans l'intérêt de la famille, après avoir favorisé leur conciliation: C.c.Q., art. 400 et 604. La professeure Ouellette formule à cet égard les commentaires suivants : «[a]u nom de l'égalité, la famille québécoise a deux chefs : l'intervention d'un tiers règle leurs différends : la famille a un "super chef", le juge!» : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Éditions Thémis, Montréal, 1995, p. 223. Sur les appréhensions que certains entretenaient à l'égard de l'arbitrage du tribunal, voir Jean-Louis BAUDOUIN, «Examen critique de la réforme sur la capacité de la femme mariée québécoise», (1965) 43 *R. du B. Can.* 393.

<sup>62</sup> Dans le même esprit, le juge Mayrand écrivait : «[l']inégalité obligatoire a donc été remplacée par l'égalité obligatoire, de sorte que l'ordre public en droit familial est maintenant à l'envers de ce qu'il était» : Albert MAYRAND, «Égalité en droit familial québécois», (1985) 19 *R.J.T.* 249, 255.

marquants. Dans un état de relative stabilité depuis toujours, l'union conjugale voyait pour la première fois sa pérennité compromise par un événement autre que le décès d'un conjoint<sup>63</sup>.

Or, conjugée à certains facteurs socio-juridiques, la rupture du couple dans un contexte de confrontation provoqua de nombreuses injustices économiques dont les femmes furent les principales victimes. Il n'y a pas si longtemps, rappelons-le, les femmes mariées se consacraient, pour la plupart, à l'entretien domestique et à l'éducation des enfants, étant de ce fait privées des ressources économiques que leur aurait autrement procuré un travail rémunéré à l'extérieur du foyer<sup>64</sup>.

Qui plus est, une grande majorité d'entre elles ne pouvaient prétendre à quel que droit que ce soit dans le patrimoine de leur mari au jour de la dissolution du mariage, en raison du régime de la séparation de biens auquel elles avaient souscrit aux termes de leur contrat de mariage<sup>65</sup>.

Il n'est pas dans notre intention de nous attarder ici sur les causes

---

<sup>63</sup> Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, «Mariage et cohabitation : quelques transformations de la vie conjugale», dans Roger TESSIER (dir.), *Vivre à deux aujourd'hui*, Montréal. Le jour. 1993, p. 25.

<sup>64</sup> *Infra*, section 2, chapitre 1, partie 2.

<sup>65</sup> Nous étudierons les différentes tendances en matière de choix de régime matrimonial à travers l'histoire au chapitre 2 de la présente partie.

du divorce et sur ses effets socio-économiques. Nous y faisons référence dans le seul but d'expliquer certaines interventions législatives ayant eu pour effet de restreindre davantage l'espace contractuel des conjoints<sup>66</sup>. En somme, trois mesures impératives ont été introduites au Code civil en réponse aux injustices subies. Les deux premières l'ont été en 1981, à l'occasion de la réforme du droit de la famille<sup>67</sup>, alors que la troisième a été établie en 1989 aux termes d'une loi particulière<sup>68</sup>.

D'abord, en 1981, le législateur a mis en place un système de protection de la résidence familiale et des meubles affectés à l'usage du ménage<sup>69</sup>. Depuis cette date, l'époux propriétaire de la résidence<sup>70</sup> ou des meubles du ménage<sup>71</sup> ne peut plus en disposer

---

<sup>66</sup> Pour un exposé sur cette question dans le contexte général des sociétés occidentales, voir François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, p. 36 et suiv.

<sup>67</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

<sup>68</sup> *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

<sup>69</sup> C.c.Q., art. 401 à 408.

<sup>70</sup> Le Code civil prévoit l'hypothèse d'une résidence familiale dont un époux est propriétaire ou locataire. Dans le premier cas, le Code fait certaines distinctions en fonction du nombre de logements que comporte l'immeuble où se trouve la résidence: si un époux est propriétaire d'un immeuble de moins de cinq logements qui sert, en tout ou en partie de résidence familiale, il ne pourra, sans le consentement écrit de son conjoint, l'aliéner, la grever d'un droit réel ni en louer la partie réservée à l'usage exclusif de la famille. À moins qu'il n'ait ratifié l'acte, le conjoint qui n'y aura pas consenti pourra en

sans le consentement de l'autre conjoint ou à défaut, l'autorisation du tribunal<sup>72</sup>, sous peine de sanctions.

En posant des limites au libre exercice des droits que peut détenir un conjoint dans la résidence et les meubles du ménage, le

---

demandeur la nullité si une déclaration de résidence familiale a été préalablement inscrite contre l'immeuble. Si la résidence familiale est plutôt située dans un immeuble de cinq logements ou plus servant, en tout ou en partie, à cette fin, le conjoint propriétaire ne pourra, sans le consentement écrit de l'autre, l'aliéner ou en louer la partie réservée à l'usage exclusif de la famille. En cas d'aliénation non autorisée, le conjoint non propriétaire pourra, à la condition qu'une déclaration de résidence familiale ait été préalablement inscrite contre l'immeuble, exiger de l'acquéreur qu'il lui consente un bail des lieux déjà occupés à des fins d'habitation. S'agissant plutôt d'une location non autorisée, le conjoint lésé pourra, sous la même condition, en demander la nullité. Pour éviter que l'on puisse contourner la loi trop facilement, le Code astreint aux mêmes formalités le conjoint usufruitier, emphytéote, usager ou autrement titulaire de droits conférant l'usage de la résidence, compte tenu des adaptations nécessaires. Enfin, le Code prévoit le cas du conjoint simplement locataire de la résidence familiale: dans la mesure où le locateur a été avisé du fait que le logement servait à cette fin, le conjoint locataire ne pourra sous-louer, céder son droit ou mettre fin au bail sans le consentement écrit de l'autre conjoint. À défaut, celui-ci pourra demander la nullité de l'acte, à moins qu'il ne l'ait ratifié. En toute hypothèse, l'époux qui n'a pas consenti à un acte pour lequel son consentement était requis peut, sans porter atteinte à ses autres droits, réclamer des dommages-intérêts de son conjoint, propriétaire ou locataire de la résidence familiale, ou de toute autre personne qui, par sa faute, lui a causé préjudice.

<sup>71</sup> Suivant la loi, un époux ne peut, sans le consentement de son conjoint, aliéner, hypothéquer ni transporter hors de la résidence familiale les meubles qui servent à l'usage du ménage. À défaut de tel consentement, ce dernier peut, à moins qu'il ne l'ait ratifié, demander la nullité de l'acte, sauf s'il s'agit d'un acte à titre onéreux fait au profit d'un tiers de bonne foi. En tout état de cause, le conjoint lésé peut réclamer des dommages-intérêts du conjoint titulaire de droits dans les meubles ou de toute autre personne qui, par sa faute, lui a causé préjudice. Notons que les meubles du ménage ne comprennent que les meubles destinés à garnir la résidence de la famille, ou encore à l'orner ; sont compris dans les ornements, les tableaux et oeuvres d'art, mais non les collections.

<sup>72</sup> C.c.Q., art. 399.

législateur entendait protéger la cellule familiale et lui procurer une certaine stabilité, tout en assurant, selon certains, la mise en oeuvre des principes d'égalité et de collégialité dans la direction de la famille<sup>73</sup>.

Il faut comprendre que dans le passé, les membres de la famille étaient extrêmement vulnérables face au conjoint propriétaire qui, dans les semaines ou les mois précédents la rupture du couple, avait le pouvoir de disposer de la résidence et des meubles sans la moindre restriction ou pénalité, du moins en principe<sup>74</sup>. Les mécanismes introduits par la réforme visaient donc à permettre aux

---

<sup>73</sup> Danielle BURMAN. «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer». (1988) 22 *R.J.T.* 149, 166-167 ; Albert MAYRAND. «Égalité en droit familial québécois». (1985) 19 *R.J.T.* 249, 268-276.

<sup>74</sup> Il faut cependant noter que la jurisprudence rendue antérieurement à l'introduction de cette mesure se montrait soucieuse, par des moyens parfois discutables, de protéger l'habitat familial : voir Claude LOMBOIS. «La condition juridique de la femme mariée». (1966) 68 *R. du N.* 525, 535 et les autorités citées par l'auteur. Il faut également souligner que les règles de la communauté de biens emportaient de sérieuses restrictions au droit du conjoint propriétaire de disposer de la résidence familiale et des meubles du ménage, si tant est que ces biens fussent communs ou réservés. Voir les anciens 1292 et 1425a C.c.B.C. Également, en société d'acquêts, l'époux propriétaire de la résidence ou des meubles du ménage, qualifiés d'acquêts, ne pouvait en disposer à titre gratuit sans le consentement de l'autre : C.c.B.C., art. 1266o. (La règle aujourd'hui applicable est d'ailleurs au même effet : C.c.Q., art. 462). En outre, l'ancien article 1267c C.c.B.C. (aujourd'hui l'article 482 C.c.Q.) permettait au conjoint survivant de conserver, suite au décès de l'autre conjoint et à certaines conditions, la maison familiale et les meubles du ménage. Sur ces questions, voir généralement Germain BRIÈRE. «Les effets du mariage selon la conception du législateur québécois de 1980». (1982) 13 *R.G.D.* 5, 17 et Ernest CAPARROS. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, pp. 36-37. Voir également Marcel GUY. «Aperçu général des incidences de la loi 89 sur la pratique notariale». (1981) 1 *C.P. du N.* 1, 13-14.

membres de la famille privés de droits dans la résidence et les meubles de conserver, dans les périodes critiques, le bénéfice d'un toit et de ses accessoires indispensables, sans être à la merci du seul propriétaire.

Les mesures de protection de la résidence et des meubles durant le mariage s'accompagnent de règles d'attribution en cas de séparation de corps ou de dissolution du mariage. Le Code civil accorde en effet au tribunal, lors de ces événements, le pouvoir d'attribuer à l'un des époux ou au survivant d'eux la propriété ou l'usage des meubles dont l'autre est propriétaire. Il peut également attribuer à l'époux auquel il accorde la garde d'un enfant un droit d'usage dans la résidence familiale<sup>75</sup>. Enfin, en cas de séparation de corps, de divorce ou de nullité du mariage, le tribunal peut, à la demande de l'un des époux, attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence familiale<sup>76</sup>.

En raison du caractère impératif des mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale et des meubles du ménage, les conjoints ne pourraient, dans leur contrat de mariage ou dans toute autre convention, s'y soustraire en prévoyant, par exemple, des consentements généraux et anticipés à toute disposition éventuelle

---

<sup>75</sup> C.c.Q., art. 410. Suivant l'article 411 C.c.Q., l'attribution du droit d'usage ou de propriété se fait, à défaut d'accord entre les parties, aux conditions que le tribunal détermine et notamment, s'il y a lieu, moyennant soule payable au comptant ou par versements.

<sup>76</sup> C.c.Q., art. 409. L'attribution lie le locateur dès que le jugement lui est signifié et libère, pour l'avenir, le locataire originaire des droits et obligations résultant du bail.



de la résidence ou des meubles ou en établissant des renonciations au champ d'application des dispositions législatives les instituant<sup>77</sup>.

C'est également lors de la réforme du droit de la famille de 1980 que le législateur a introduit au Code civil la mesure de la prestation compensatoire<sup>78</sup>. Instrument d'équité, la prestation compensatoire constitue une application particulière des principes de l'enrichissement injustifié en matière matrimoniale<sup>79</sup>. Elle permet à celui qui, durant le mariage, a contribué, en biens ou en services, à enrichir le patrimoine de son conjoint, d'obtenir une indemnisation lors de la dissolution du mariage ou de la séparation

---

<sup>77</sup> Jean-Pierre SENÉCAL. «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 167 ; Germain BRIÈRE. «Les effets du mariage selon la conception du législateur québécois de 1980», (1982) 13 *R.G.D.* 5, 24 ; Jacques AUGER. «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 72 ; Serge BINETTE. *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 53 ; Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE. «L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple», (1999) 40 *C. de D.* 346, 352.

<sup>78</sup> C.c.Q., art. 427 à 430. Les dispositions relatives à la prestation compensatoire ont subi d'importantes modifications en 1989, aux termes de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, (L.Q. 1989, c. 55). Avant l'entrée en vigueur de cette loi, les dispositions sur le sujet se trouvaient aux articles 459, 533, 559 C.c.Q et 735.1 C.p.c.

<sup>79</sup> Sur la nature juridique de la prestation compensatoire, voir Danielle BURMAN. «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149, 170 et Ernest CAPARROS. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, pp. 59-62. Voir également *Droit de la famille-67*, [1985] C.A. 135.

de corps<sup>80</sup>. Depuis 1989, lorsque le droit à la prestation est fondé sur la collaboration régulière de l'époux à une entreprise, la demande peut être faite dès la fin de la collaboration si celle-ci est causée par l'aliénation, la dissolution ou la liquidation volontaire ou forcée de l'entreprise<sup>81</sup>.

Il revient au tribunal de disposer de la demande et d'établir le montant de la prestation compensatoire, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage<sup>82</sup>. Si la demande lui est faite lors du décès, le tribunal est alors tenu de prendre en considération les avantages que le conjoint survivant reçoit de la succession<sup>83</sup>.

Lorsqu'il y a lieu au paiement d'une prestation compensatoire, le tribunal en fixe la valeur, à défaut d'accord entre les parties. Celui-ci peut également déterminer, le cas échéant, les modalités du paiement et ordonner que la prestation soit payée au comptant ou par

---

<sup>80</sup> La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de préciser les conditions d'attribution de la prestation compensatoire à deux reprises, soit dans les arrêts *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259 et *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183. Notons qu'en cas d'annulation du mariage, seul le conjoint de bonne foi peut se prévaloir du droit à la prestation compensatoire : C.c.Q., art. 388.

<sup>81</sup> C.c.Q., art. 427 al. 2, introduit aux termes de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

<sup>82</sup> C.c.Q., art. 427.

<sup>83</sup> C.c.Q., art. 427.

versements ou qu'elle soit payée par l'attribution de droits dans certains biens<sup>84</sup>.

Partie intégrante du régime primaire, la prestation compensatoire est une mesure obligatoire<sup>85</sup>. Les conjoints ne pourraient donc, dans leur contrat de mariage ou dans toute autre convention, se soustraire à son application, directement ou indirectement<sup>86</sup>.

Il ne leur est pas davantage permis de fixer par anticipation le quantum de la prestation compensatoire. D'une part, parce qu'on ne peut présumer qu'il y aura enrichissement injustifié lors de la dissolution du mariage ou de la séparation et d'autre part, parce que le pouvoir de déterminer le montant de la prestation compensatoire appartient au tribunal<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> C.c.Q., art. 429.

<sup>85</sup> Voir C.c.Q., art. 391. Voir également *Droit de la famille*-71, [1984] C.A. 374.

<sup>86</sup> *Droit de la famille*-3384, [1999] R.D.F. 666 (C.S.) ; *Droit de la famille*-949, [1991] R.J.Q. 779 (C.S.) ; *Droit de la famille*-167, [1984] C.S. 1047 ; Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 184 ; Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, p. 63 ; Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 200.

<sup>87</sup> Voir Jacques AUGER, «La réforme en droit de la famille : seconde étape», (1982) 5 *Les Cahiers* 35, 36 ; Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 54.

Selon l'opinion exprimée par la majorité des auteurs, les conjoints ne pourraient non plus convenir que les donations prévues dans leur contrat de mariage servent d'abord à acquitter la prestation compensatoire pouvant être octroyée à l'un d'eux par le tribunal<sup>88</sup>. De telles clauses, proposées par certains auteurs<sup>89</sup>, seraient sans effet et ne limiteraient d'aucune manière le droit à la prestation compensatoire.

Par contre, une certaine jurisprudence estime qu'il est possible aux conjoints de transiger sur la prestation compensatoire une fois l'apport et l'enrichissement réalisés, pour autant que la valeur de tel apport et tel enrichissement soit connue par chacun d'eux<sup>90</sup>. En

---

<sup>88</sup> Voir Roger COMTOIS, «La prestation compensatoire : une mesure d'équité», (1982) 85 *R. du N.* 367, 383 ; Pierre CIOTOLA, «Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux», (1989) 2 *C.P. du N.* 1, 99 ; Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 115-116 ; Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, pp. 63-64 ; Jacques AUGER, «La réforme en droit de la famille : seconde étape», (1982) 5 *Les Cahiers* 35, 36.

<sup>89</sup> Voir Marcel GUY, «Aperçu général des incidences de la loi 89 sur la pratique notariale», (1981) 1 *C.P. du N.* 157, 168 et André COSSETTE, «La prestation compensatoire et le contrat de mariage», (1981) 1 *C.P. du N.* 189, 192. Certains se sont par ailleurs interrogés sur l'utilité de ces clauses. Le professeur Auger s'exprime ainsi : «[i]ndépendamment de cet aspect légal, on peut s'interroger sur l'efficacité et l'utilité de pareilles clauses. En effet, le tribunal doit tenir compte, dans l'établissement de la prestation, des avantages que procure notamment le contrat de mariage. La prestation se situe donc au-delà des donations, en ce sens qu'elle correspond vraisemblablement à la portion de l'enrichissement du patrimoine du donateur non compensé par les donations. Qu'ajoutent alors ces clauses à ce que prévoit déjà la loi?» : Jacques AUGER, «La réforme en droit de la famille : seconde étape», (1982) 5 *Les Cahiers* 35, 37-38.

<sup>90</sup> *Droit de la famille-949*, [1991] R.J.Q. 779 (C.S.).

d'autres termes, on semble considérer qu'en pareilles circonstances, les époux pourraient convenir d'une entente définitive sur le règlement et le paiement de la prestation compensatoire, sans qu'on puisse ultérieurement la remettre en cause.

Une telle interprétation nous paraît difficilement conciliable avec le pouvoir discrétionnaire accordé au tribunal aux termes de l'article 427 du Code civil. Selon cette disposition, il semble que ce soit au tribunal et non aux conjoints de décider en dernier recours du droit à la prestation compensatoire<sup>91</sup>. Soit, les conjoints peuvent conclure un projet d'accord relativement à la prestation compensatoire en vue du divorce ou de la séparation<sup>92</sup>, mais celui-ci ne devrait logiquement constituer qu'un simple guide pour le tribunal<sup>93</sup>.

D'ailleurs, le législateur autorise expressément les conjoints à convenir, durant le mariage, du paiement *partiel* de la prestation

---

<sup>91</sup> Le professeur Roger Comtois écrit : «[c]'est au juge et au juge seul qu'il appartient de statuer sur la prestation compensatoire» : Roger COMTOIS, «La prestation compensatoire : une mesure d'équité», (1982) 85 *R. du N.* 367, 382.

<sup>92</sup> C.c.Q., art. 495 et 517 ; C.p.c., art. 822 et suiv.

<sup>93</sup> Voir en ce sens *Droit de la famille-167*, [1984] C.S. 1047 ; Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 184-187 ; Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 116 et François AQUIN, «La loi 89 et les accords à l'occasion des séparations et des divorces», (1981) 1 *C.P. du N.* 177, 186.

compensatoire pouvant être due<sup>94</sup>. Il appartiendra par la suite au tribunal, lors de la dissolution du mariage, de la séparation ou de toute autre cause donnant ouverture au droit, de déterminer dans quelle mesure le montant déjà versé couvre l'enrichissement total procuré, le cas échéant. En ce sens, l'accord des conjoints ne constitue pas une transaction à proprement parler, si ce n'est que le montant déjà versé ne pourra être annulé ou répété si le tribunal estime qu'il n'y a pas lieu de reconnaître le droit à la prestation compensatoire<sup>95</sup>.

En introduisant la prestation compensatoire, le législateur entendait fournir aux tribunaux un outil devant leur permettre de rééquilibrer les patrimoines conjugaux au moment de la séparation ou de la dissolution du mariage, principalement en ce qui a trait aux conjoints mariés sous un régime de séparation de biens<sup>96</sup>. Or, les

---

<sup>94</sup> C.c.Q., art. 430. De tels paiements partiels pourraient être faits par contrat de mariage, à l'occasion, notamment, d'un changement de régime matrimonial : André COSSETTE, «La prestation compensatoire et le contrat de mariage», (1981) 1 *C.P. du N.* 189, 192.

<sup>95</sup> Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 186.

<sup>96</sup> En 1981, le professeur Caparros écrivait d'ailleurs : «[i]l semble évident que le législateur voulait apporter une solution aux pénibles situations dans lesquelles se trouvaient des femmes mariées en séparation de biens [...]» : Ernest CAPARROS, «Le régime primaire dans le nouveau Code civil du Québec : quelques remarques critiques», (1981) 22 *C. de D.* 325, 334. Voir également Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, pp. 55-56, p. 85 et p. 94 ; Marcel GUY, «Aperçu général des incidences de la loi 89 sur la pratique notariale», (1981) 1 *C.P. du N.* 1, 28 ; Albert MAYRAND, «Égalité en droit familial québécois», (1985) 19 *R.J.T.* 249, 269 ; Roger COMTOIS, «La prestation compensatoire: une mesure

tribunaux québécois appelés à statuer sur les demandes de prestation introduites peu après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en ont retenu une interprétation très restrictive. Dans l'arrêt *Droit de la famille-67*<sup>97</sup>, la Cour d'appel indiquait clairement son orientation :

« Cette nouvelle institution [la prestation compensatoire] n'abolit pas rétroactivement la séparation de biens ni ne prévoit le partage des biens personnels au motif de l'inégalité des patrimoines. En d'autres termes, la séparation de biens au cours du mariage ne se transforme pas en une communauté de biens après la rupture des conjoints. Mais, lors d'une rupture, le conjoint qui a fait un apport à l'enrichissement de l'autre doit être traité équitablement par ce dernier. Sinon, le juge y voit. »<sup>98</sup>

Par surcroît, la Cour d'appel refusa de considérer le travail au foyer comme un apport susceptible de donner lieu à l'octroi d'une prestation compensatoire, sauf circonstances exceptionnelles. Selon

---

d'équité». (1983) 85 *R. du N.* 367, 373 et Pierre CIOTOLA, «Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des conjoints», (1989) 2 *C.P. du N.* 1, 31-32 et les références citées par l'auteur aux notes 32 à 35. Il faut toutefois noter qu'avant l'introduction de la prestation compensatoire, les tribunaux avaient parfois accepter de corriger les injustices causées par le régime matrimonial de la séparation de biens en reconnaissant, à certaines conditions bien précises, l'existence d'une société de fait entre les époux : voir *Champagne c. Gougeon*, [1939] 77 C.S. 76 ; *Lizotte c. Tourigny*, [1963] C.S. 488 ; *Cantin c. Comeau*, [1972] C.A. 523 ; *Minotti c. Malyk*, [1979] C.S. 410. À ce sujet, voir notamment Marcel GUY, «Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89», (1981) 1 *C.P. du N.* 157, 167.

<sup>97</sup> [1985] C.A. 135.

<sup>98</sup> *Droit de la famille-67*, [1985] C.A. 135, 141 et 142.

la Cour, s'agissant d'une obligation légale, le fait pour un conjoint de s'être consacré aux tâches ménagères normales et usuelles ne pouvait valablement servir de fondement à une réclamation de la sorte<sup>99</sup>. La prestation compensatoire ne fut donc jamais l'instrument d'équité que plusieurs avaient pourtant vu en elle :

«[...] À cause notamment d'une interprétation jurisprudentielle restrictive et exigeant une preuve rigoureuse, la prestation compensatoire n'aura pas produit les effets recherchés dont celui de compenser les services au foyer d'une génération d'épouses séparées de biens, pour qui, pourtant, on reconnaissait consensuellement la nécessité d'un rectificatif. On ne peut que déplorer ces résultats, car la mésadaptation de ces règles juridiques a déjà produit la majeure partie de ses effets néfastes pour les femmes.»<sup>100</sup>

Aussi, le législateur décida-t-il, en 1989, de réajuster son tir en adoptant la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des*

---

<sup>99</sup> La Cour suprême a par la suite renversé cette interprétation restrictive, considérant qu'il n'y avait pas lieu de faire une telle distinction : *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 2 R.C.S. 183, 197-198.

<sup>100</sup> Jocelyne OLIVIER et Francine LEPAGE, *Mémoire du Conseil du statut de la femme*, Août 1988, pp. 1 et 2, présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints. Au même effet, voir Pierre CIOTOLA, «Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux», (1989) 2 *C.P. du N.* 1, 25 ; Lucille CIPRIANI, «La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire», (1995) 36 *C. de D.* 209 et Renée JOYAL, «La famille, entre l'éclatement et le renouveau : la réponse du législateur», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 147, aux pages 152-153.



*époux*<sup>101</sup>. Aux termes des règles introduites au Code civil par cette législation, le mariage emporte désormais constitution d'un patrimoine familial formé de certains biens appartenant aux époux, sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens et quel que soit le régime matrimonial qui les régit<sup>102</sup>.

Sont inclus dans le patrimoine familial les résidences de la famille, les meubles du ménage, les véhicules automobiles servant aux déplacements de la famille et les régimes de retraite privés et publics<sup>103</sup>. Lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de corps, la valeur de ce patrimoine, calculée à partir de certains paramètres établis au Code civil, doit faire l'objet d'un partage égalitaire entre les époux, sous réserve du pouvoir du tribunal de décréter, à certaines conditions bien précises, un partage inégal<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> L.Q. 1989, c. 55. Pour un exposé sur les contextes social et familial de cette législation, voir Pierre CIOTOLA, «Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux», (1989) 2 *C.P. du N.* 1, 22-28.

<sup>102</sup> C.c.Q., art. 414.

<sup>103</sup> C.c.Q., art. 415. L'article 415 al. 3 prévoit l'exclusion du patrimoine familial, si la dissolution résulte du décès, des rentes publiques ainsi que des droits accumulés au titre d'un régime de retraite régi ou établi par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès. Sont également exclus du patrimoine familial les biens échus à l'un des époux par succession ou donation avant ou pendant le mariage (C.c.Q., art. 415 al.4).

<sup>104</sup> C.c.Q., art. 415-418 et 422. Il importe de noter qu'aux fins du partage du patrimoine familial, certaines sommes peuvent être déduites de la valeur partageable.

Évidemment, les époux ne peuvent se soustraire, avant ou durant le mariage, au champ d'application du patrimoine familial, que ce soit par contrat de mariage ou autrement<sup>105</sup>. Cependant, il leur est permis de renoncer à leurs droits dans le patrimoine familial, à certaines conditions, à compter du décès de l'un d'eux ou du jugement prononçant le divorce, la séparation ou la nullité du mariage<sup>106</sup>.

Les époux peuvent également, en vue de la rupture, élaborer un projet quant au sort éventuel de leurs droits dans le patrimoine familial et demander au tribunal de l'entériner lors du prononcé du jugement de divorce, de séparation de corps ou de nullité du mariage<sup>107</sup>. Comme l'explique Jean-Pierre Senécal, aujourd'hui juge à la Cour supérieure, ce projet ne saurait toutefois lier le tribunal. Celui-ci pourrait refuser de l'entériner s'il le considère déraisonnable ou affecté d'un vice de consentement. Le projet ne lie pas davantage les conjoints jusqu'à ce que le tribunal ne leur en ait donné acte dans le jugement. Dans l'intervalle, chacun d'eux pourrait décider de ne plus s'en remettre audit projet et demander au tribunal de statuer comme

---

<sup>105</sup> Voir cependant les mesures transitoires prévues à l'article 42 de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

<sup>106</sup> C.c.Q., art. 423.

<sup>107</sup> C.c.Q., art. 495 et 517 : C.p.c., art. 822 et suiv. Voir également *Droit de la famille*-2452, [1996] R.D.F. 466 (C.A.).

s'il n'y avait jamais eu d'entente sur le sujet<sup>108</sup>.

## SECTION 2: LES LIMITES IMPOSÉES AU NOM DE L'ORDRE PUBLIC MATRIMONIAL

Il serait faux de prétendre que les dispositions ou règles de droit que le législateur n'a pas lui-même déclaré impératives sont nécessairement supplétives de volonté et peuvent en conséquence faire l'objet de dérogations aux termes de conventions privées. Le caractère impératif d'une règle, même non écrite, peut être dégagé par les tribunaux ou suggéré par les auteurs, à la lumière de la notion d'ordre public<sup>109</sup>.

Ainsi, un contrat de mariage ou toute autre convention entre conjoints qui ne déroge pas aux dispositions expressément déclarées impératives dans le Code civil peut néanmoins s'avérer contraire à l'ordre public. Les dispositions impératives de la loi et l'ordre public

---

<sup>108</sup> Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 176-177. Voir également Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE, «L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans le couple», (1999) 40 *C. de D.* 345, 356.

<sup>109</sup> Voir C.c.Q., art. 1373. Voir également les articles 8 et 9. L'ancien article 13 C.c.B.C. établissait une distinction entre l'ordre public et les bonnes moeurs, distinction qui, selon Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, correspondait à une réalité culturelle et sociologique de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, dans une société alors fortement perméabilisée, dans ses moeurs chrétiennes, par la morale chrétienne. Cette distinction n'a pas été reprise lors de la réforme du Code civil en 1994, les notions de bonnes moeurs et d'ordre public étant de toute façon assimilées par la jurisprudence et la doctrine depuis quelques temps : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 152. Voir aussi *Commentaires du Ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 9.

réfèrent donc à deux concepts distincts.

Suivant la classification de la doctrine française moderne, l'ordre public susceptible d'intéresser le juriste appelé à évaluer la validité d'une convention matrimoniale est de nature politique :

«[L'ordre public politique] vise à protéger l'ensemble des institutions qui constituent la base des règles du jeu social. [...] On groupe [...] au sein de l'ordre public politique les lois concernant le statut familial. [...] Par opposition, l'ordre public économique caractérise la volonté de l'État de réglementer les échanges économiques.»<sup>110</sup>

Suivant une autre catégorisation doctrinale, la notion qui regarde le domaine des conventions matrimoniales est traditionnellement qualifiée d'ordre public de direction, par opposition à l'ordre public de protection<sup>111</sup>. Le premier fait référence aux règles posées dans l'intérêt de la société toute entière et de son bon gouvernement : «[e]lles transcendent le seul intérêt individuel et s'attachent davantage, mais non exclusivement cependant, à l'intérêt collectif»<sup>112</sup>. Le second, au contraire, est inspiré par la protection

---

<sup>110</sup> Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 79 et suiv.

<sup>111</sup> Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE, «L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple», (1999) 40 *C. de D.* 346, 347-348.

<sup>112</sup> Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 160.

que l'on entend accorder à un individu dans un contexte donné, afin de rétablir en sa faveur une certaine équité contractuelle<sup>113</sup>.

Dans la tradition juridique québécoise, voire occidentale, le mariage et la famille prennent rang parmi les institutions sociales les plus fondamentales. Ces deux institutions ont toutefois subi de profonds bouleversements au cours des dernières décennies<sup>114</sup>. Parallèlement, l'ordre public est un concept en constante évolution. Comme le signalent Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin : «[l']ordre public change, en effet, avec le temps puisqu'il représente, au fond, l'état des mœurs à un moment donné de l'évolution sociale»<sup>115</sup>. Ce qui était contraire à l'ordre public hier ne l'est donc plus nécessairement aujourd'hui. Au même effet, Henry Solus et Roger Perrot ajoutent :

«La notion d'ordre public est, en effet, souvent délicate à préciser ; tranchante et brutale dans ses conséquences, la notion d'ordre public est, en elle-même,

---

<sup>113</sup> Cette classification est reprise et exposée dans Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 160. Il faut toutefois noter que plusieurs des dispositions impératives regroupées dans le régime primaire poursuivent la protection d'un conjoint et peuvent à cet égard être considérées comme des règles d'ordre public de protection : Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE, «L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple», (1999) 40 *C. de D.* 346, 349 et suiv.

<sup>114</sup> Nous étudierons d'ailleurs ces bouleversements dans la deuxième partie.

<sup>115</sup> Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 152.

essentiellement contingente, variable, relative ; l'ordre public s'apprécie en fonction du moment, des circonstances politiques, sociales et économiques [...].»<sup>116</sup>

En matière de conventions matrimoniales, l'application d'une telle notion exige donc une connaissance adéquate des valeurs de la société. Bien sûr, certaines stipulations étaient et sont toujours considérées contraires à l'ordre public, puisqu'elles touchent aux fondements du mariage. Qu'on pense simplement aux conventions interdisant le remariage d'un conjoint après le décès de l'autre<sup>117</sup> ou défendant à l'un des conjoints de travailler à l'extérieur du foyer ; à celles prévoyant la dissolution du mariage pour des raisons autres que celles mentionnées par la loi<sup>118</sup> de même qu'à celles contenant

---

<sup>116</sup> Henry SOLUS et Roger PERROT. *Droit judiciaire privé*. t. 1. Paris. Sirey. 1961. p. 24.

<sup>117</sup> Bien que la *Charte québécoise des droits et libertés* ne le mentionne pas expressément, la liberté de se marier ferait partie des libertés protégées : voir Madeleine CANTIN-CUMYN. «La liberté testamentaire et la Charte des droits et libertés de la personne». (1982) 84 *R. du N.* 223, 230. Voir également Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*. Montréal. Le Recueil de droit et de jurisprudence. 1964. p. 185 ; Jacques AUGER. «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux». (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 76 ; Serge BINETTE. *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec. *Répertoire de droit*. «Famille». Doctrine - Document 2. Montréal. 1991. p. 54. Voir cependant Danièle HUET-WEILLER. «Contrat de mariage». *J.-Cl.*, fasc. A-1, n° 49.

<sup>118</sup> Roger COMTOIS. *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*. Montréal. Le Recueil de droit et de jurisprudence. 1964. p. 185 ; Jacques AUGER. «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux». (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 76 ; Serge BINETTE. *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec. *Répertoire de droit*. «Famille». Doctrine - Document 2. Montréal. 1991. p. 54 ; Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE. «L'ordre public et les rapports

une renonciation ou un transfert de l'autorité parentale<sup>119</sup>.

Quant aux clauses du contrat de mariage envisageant le divorce, la séparation des conjoints ou la nullité du mariage, elles étaient autrefois considérées contraires à l'ordre public<sup>120</sup>, mais sont aujourd'hui reconnues valides par la jurisprudence et la doctrine, dans la mesure où elles ne visent qu'à organiser les effets économiques de la rupture. Ainsi, les conjoints ont la liberté de stipuler les donations du contrat de mariage sous conditions résolutoires ou suspensives d'un divorce, d'une séparation de corps ou d'une annulation du mariage. Il leur est également permis d'assortir les donations de clauses de déchéance ou d'accélération du terme, de sorte qu'elles deviennent immédiatement exigibles lors de la rupture, quel que soit le terme initialement convenu.

Une clause de divorce, de séparation ou de nullité ne saurait cependant être valide si elle est établie dans le but de favoriser ou d'empêcher une demande en divorce, en séparation de corps ou en

---

patrimoniaux dans les relations de couple». (1999) 40 *C. de D.* 346, 352.

<sup>119</sup> *Proulx c. Proulx*, (1909) 10 R.P. 131 (C.S.) ; *Yagod c. Kavenko*, (1927) 33 R.J. 449 (C.S.) ; *Leroux c. Robert*, [1948] R.L.n.s. 513 (C.S.) et *Montmigny c. Bergeron*, [1978] C.A. 371, cités dans Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 158, à la note 45. Voir également Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 53.

<sup>120</sup> Voir notamment *Weingart c. Stober et Jacobson*, résumé dans (1922-1923) 25 *R. du N.* 170, 171.

nullité du mariage. On a jugé qu'il était illicite de priver intentionnellement un des conjoints de sa liberté de demander la dissolution du lien matrimonial ou encore de l'inciter à provoquer une rupture<sup>121</sup>.

Ainsi, comme l'affirme le professeur Jacques Auger, les clauses relatives à la rupture sont donc juridiquement neutres et ce n'est que par la recherche de l'intention des parties et du but souhaité qu'on pourra juger de leur validité<sup>122</sup>. La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs reconnu cette analyse en affirmant que l'élément décisif

---

<sup>121</sup> Au sujet des clauses de divorce dans les contrats de mariage, voir *Gollor c. Chazan*, C.A. Montréal 500-09-000275-768, le 22 février 1978 ; *Reford c. National Trust Company et al.*, (1968) B.R. 689, commentée par André COSSETTE, «Jurisprudence», (1968-69) 71 *R. du N.* 306 ; *Jauron c. Dorais*, [1973] C.S. 599 ; *Sardano c. Lirette-Sardano*, [1974] C.S. 176 ; *Dubois c. Papineau*, [1976] C.S. 50 ; *Ritchie c. Sirken*, [1979] C.S. 62, 63 ; *Droit de la famille-186*, [1985] C.A. 114 ; *Droit de la famille-1429*, [1991] R.D.F. 423 (C.S.) ; *Droit de la famille-1739*, [1993] R.J.Q. 663 (C.A.) ; Albert MAYRAND, «Effets du divorce sur les donations entre époux par contrat de mariage», (1961-62) 64 *R. du N.* 88 ; Denys PELLETIER, «Correspondance : de la donation à cause de mort et du divorce», (1971-72) 74 *R. du N.* 158 ; Jacques AUGER, «La clause de divorce», (1976) 79 *R. du N.* 80, 85 ; Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 76 ; Pierre CIOTOLA, «Le sort des donations par contrat de mariage en cas de divorce ou de séparation de corps», dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 7, Montréal, 1991, pp. 14-15 ; Serge BINETTE, «Le contrat de mariage depuis le nouveau Code civil du Québec», (1981) 1 *C.P. du N.* 107, 116 ; Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 45 et suiv. Voir également Madeleine CANTIN-CUMYN, «La liberté testamentaire et la Charte des droits et libertés de la personne», (1982) 84 *R. du N.* 223, 236.

<sup>122</sup> Jacques AUGER, «La clause de divorce», (1976) 79 *R. du N.* 80, 85. Voir également, dans le même sens, Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE, «L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple», (1999) 40 *C. de D.* 345, 357.



de l'appréciation de ces dispositions se situait dans l'examen de l'intention des parties<sup>123</sup>.

Cette évolution des mœurs en matière de divorce et de séparation s'inscrit dans le courant d'ouverture qui traverse le Québec depuis quelques décennies. Nul ne peut le contester, la société québécoise fait aujourd'hui preuve d'une plus grande tolérance face à la diversité des comportements et des mentalités.

Or, cette tolérance entraîne inexorablement la multiplication de normes morales légitimes. Un comportement, contraire à une mentalité, peut s'avérer parfaitement conforme à une autre. Dès lors, il devient de plus en plus difficile de reconnaître à une norme, dictée par une mentalité, une valeur suprême et une portée générale.

Il est donc permis de croire qu'à mesure qu'augmente la diversité

---

<sup>123</sup> *Droit de la famille-1739*, [1993] R.J.Q. 663 (C.A.). Bien que des conjoints aient pu stipuler une clause relative à la rupture dans le but louable d'en planifier les conséquences économiques, il est possible que l'un d'eux provoque par la suite la rupture dans le but malicieux d'en retirer le bénéfice. En supposant qu'un tel stratagème soit mis en branle, le tribunal refuserait clairement au conjoint fautif les avantages qu'il comptait retirer de la stipulation. Il importe de noter que la clause en tant que tel demeurerait parfaitement licite. N'ayant pas été initialement établie dans le but d'empêcher une rupture ou de la provoquer, ce n'est pas la stipulation en elle-même qui est illicite, mais l'utilisation qui en est faite. On serait alors en présence d'un abus de droit au sens de la loi (C.c.Q., art. 6 et 7). La doctrine considère cependant qu'une telle éventualité demeure très peu probable : voir Jacques AUGER, «La clause de divorce», (1976) 79 *R. du N.* 80, 91 et suiv. ; Roger COMTOIS, *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1968, p. 217. Voir également *Sardano c. Lirette-Sardano*, [1974] C.S. 176.

des cultures au sein d'une société, diminue d'autant la propension qu'une d'entre elles puisse imposer sa propre conception de la morale publique aux autres. La notion d'ordre public devrait donc, à notre avis, réduire graduellement son emprise sur les conventions privées, dégageant par le fait même des pans jusqu'ici inexplorés par les conjoints contractants.

### **Conclusion du chapitre**

Au terme de ce chapitre, on aura sans doute constaté l'importance des restrictions imposées à la liberté contractuelle des conjoints. Les pages qui précèdent auront également permis d'anticiper un certain renversement dans l'origine des restrictions. Celles-ci tiennent désormais davantage aux dispositions de la loi qu'à l'état des mœurs<sup>124</sup>. Le législateur réglemente de plus en plus étroitement la cellule conjugale par toutes sortes de dispositions qu'il s'empresse de déclarer impératives<sup>125</sup>. Alors qu'on retrouvait autrefois douze articles au chapitre des droits et des devoirs des conjoints, le régime primaire impératif comporte actuellement

---

<sup>124</sup> Il semble que ce phénomène existe dans la plupart des pays soumis à un droit laïque, contrairement aux pays de droit religieux où l'ordre public de direction se maintiendrait en état de relative stabilité : voir Jean PINEAU, «L'ordre public dans les relations de famille», (1999) 40 *C. de D.* 323, 327.

<sup>125</sup> C'est en ce sens que les professeurs Pineau et Burman parlent d'un «déclin de la liberté» des conjoints : Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 17-18. Voir également Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE, «L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple», (1999) 40 *C. de D.* 345, 364.

trente neuf articles.

En somme, l'encadrement normatif du mariage s'est amenuisé dans la sphère du non-droit ou de la morale sociale, mais s'est raffermi dans la sphère du droit positif ou de la légalité publique. Les lois impératives de l'État encadrent désormais la liberté contractuelle des conjoints d'une manière plus directive, alors que les mœurs sociales se révèlent plus permissives qu'elles ne l'étaient traditionnellement, comme nous le constaterons plus amplement dans la deuxième partie.

Par ailleurs, on aura remarqué le peu de jurisprudence rapportée ou citée à l'appui des énoncés apparaissant au chapitre. Il ne s'agit pas d'un oubli ou d'une recension déficiente. En fait, les tribunaux ont rarement été appelés, au cours des décennies, à se prononcer sur la validité d'une convention matrimoniale en rapport avec les dispositions impératives de la loi et l'ordre public.

Il ne faut pas oublier que les contrats de mariage, tant ceux passés avant qu'après le mariage, doivent être faits par acte notarié<sup>126</sup>. Les justiciables connaissent bien cette exigence, puisque traditionnellement, le contrat de mariage fait partie des actes juridiques avec lesquels ils sont les plus familiers. Aussi, les conjoints qui veulent convenir d'une entente écrite et formelle ont-ils généralement le réflexe de consulter leur notaire. Évidemment,

---

<sup>126</sup> C.c.Q., art. 440. *Infra*, §1, section 1, chapitre 2, partie 1.

avant de recevoir quelque entente que ce soit, celui-ci s'assure de sa conformité à la loi et l'ordre public. Il ne faut donc pas se surprendre du peu d'affaires soumises aux tribunaux en cette matière et incidemment, du peu de jurisprudence rapportée au présent chapitre.

## **CHAPITRE 2**

### **LE DROIT DU CONTRAT DE MARIAGE**

Pendant de longues décennies, il était de tradition de passer chez le notaire avant le mariage. À l'image de leurs parents et de leurs grands-parents, les futurs époux s'y rendaient naturellement afin d'obtenir toutes les informations utiles et nécessaires sur les aspects juridiques de l'union en devenir et de signer un contrat de mariage<sup>1</sup>.

Dans la culture juridique traditionnelle, le contrat de mariage représente l'instrument par lequel les conjoints choisissent un régime matrimonial et établissent certaines stipulations accessoires, lorsqu'ils souhaitent se soustraire au régime matrimonial légal. En somme, le contrat de mariage ne s'intéresse généralement qu'au cadre régissant l'administration et le partage

---

<sup>1</sup> André DUVAL. «L'approche historique du contrat de mariage», Montréal, 1996, p. 1 [non publié].

des biens des conjoints<sup>2</sup>. Ainsi, les termes «contrat de mariage» peuvent sembler trompeurs. À première vue, on aurait pu s'attendre d'un tel contrat qu'il s'intéresse non pas aux seuls aspects patrimoniaux du mariage, mais à l'ensemble des rapports engendrés par le mariage<sup>3</sup>.

Au-delà de sa portée limitée, on peut aujourd'hui constater la chute de popularité du contrat de mariage. Depuis quelques années, rares sont les couples qui signent un tel contrat avant ou pendant leur union, de sorte qu'on peut désormais le classer au rang des actes juridiques les plus marginaux.

Le présent chapitre est consacré au droit du contrat de mariage. Après avoir indiqué sommairement les conditions de forme et de

---

<sup>2</sup> Félix-Gabriel MARCHAND, *Manuel et formulaire général et complet du notariat de la province de Québec*, Montréal, A. Periard, 1892, p. 361 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 6, Montréal, Théorêt, 1902, p. 128 ; Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 982 ; Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 78 ; Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 165 ; Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, pp. 55-56. Pour une perspective française, voir également Danièle HUET-WEILLER, «Contrat de mariage», *J.-Cl.*, fasc. A-1, n° 4.

<sup>3</sup> Percevant la portée limitée du contrat de mariage, le notaire Joseph Edmond Roy, dans un article publié au début du siècle, observait d'ailleurs : «[l]es époux ne peuvent cependant pas régler par leurs conventions, les rapports d'état personnel que crée le mariage, ainsi que les droits et obligations qui en découlent ; et comme toutes ces règles concernent les bonnes moeurs et l'ordre public, il n'est pas permis aux époux d'y déroger.» : Joseph-Edmond ROY, «Des conventions matrimoniales», (1910) 11 *R. du N.* 340. Voir également Paul FONTAINE, «Conventions matrimoniales», (1927) 30 *R. du N.* 73.

fond s'y rattachant (section 1), nous relèverons les différents éléments qui en ont traditionnellement constitué le contenu (section 2). À cet égard, nous diviserons notre étude en deux parties. Nous présenterons d'abord les règles de droit applicables à chacun des éléments, pour en faire ensuite l'analyse socio-juridique. Ainsi, tenterons-nous de comprendre l'évolution du contrat de mariage à travers les dernières décennies.

Encore ici, il ne s'agit pas de présenter une étude exhaustive du droit positif du contrat de mariage, mais de cerner le mieux possible la nature de l'institution et d'exposer les motifs susceptibles d'expliquer les habitudes contractuelles des conjoints au cours des années.

## SECTION 1: LES CONDITIONS DU CONTRAT DE MARIAGE

### § 1 Les conditions de forme

Le contrat de mariage doit être fait par acte notarié portant minute, à peine de nullité absolue<sup>4</sup>. Le législateur considère qu'une convention d'une telle importance doit être exécutée devant un

---

<sup>4</sup> C.c.Q., art. 440. Avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, l'article 1264 C.c.B.C. exigeait la forme notariée, mais sans préciser que l'acte devait porter minute. Malgré l'absence de mention, la doctrine reconnaissait tout de même l'exigence de l'acte en minute. Par ailleurs, les contrats de mariage faits dans certaines localités étaient exceptionnellement exemptés de la forme notariée : voir Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, pp. 192-193 et Marie-Louis BEAULIEU, «Réception des actes authentiques dans Gaspé et Bonaventure», (1931) 33 *R. du N.* 511.

officier public capable d'amener les parties à comprendre les termes de leur engagement et d'en assurer l'intégrité et la pérennité<sup>5</sup>. À cet effet, le professeur Pierre Ciotola écrit :

«L'intervention du notaire se justifie à un double titre : comme conseiller familial, il éclaire les futurs époux quant à cet aménagement des relations pécuniaires, et comme officier public, il confère aux conventions arrêtées par les conjoints l'authenticité.»<sup>6</sup>

Aux termes de la *Loi sur le notariat*<sup>7</sup> et du *Code de déontologie des notaires*<sup>8</sup>, le notaire a l'obligation de faire lecture du contrat de mariage aux époux et aux autres personnes dont l'intervention ou l'assistance est requise et de leur en expliquer le contenu et la portée. Celles-ci doivent avoir compris l'acte dans ses moindres détails avant d'y apposer leur signature, laquelle doit d'ailleurs

---

<sup>5</sup> En outre, l'acte notarié permettait d'assurer l'immutabilité des conventions matrimoniales : *infra*, section 1, chapitre 3, partie 1. Voir également Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 192.

<sup>6</sup> Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 166. Voir également Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec - Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 983 et Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149, 153-155.

<sup>7</sup> L.R.Q., c. N-2.

<sup>8</sup> R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 3.



avoir lieu en présence du notaire<sup>9</sup>.

Par ailleurs, le notaire instrumentant doit voir à la publication d'un avis du contrat de mariage au *registre des droits personnels et réels mobiliers*<sup>10</sup>. Il faut noter que le régime matrimonial établi dans le contrat de mariage prend effet au jour de la célébration du mariage<sup>11</sup> et est opposable aux tiers à compter de cette même date, indépendamment de l'inscription au registre<sup>12</sup>. Cependant, l'opposabilité des donations contenues au contrat demeure sujette

---

<sup>9</sup> Sur la responsabilité notariale en matière de conventions matrimoniales, voir Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, pp. 79-80.

<sup>10</sup> C.c.Q., art. 442. Entre le 1<sup>er</sup> juillet 1970 et le 1<sup>er</sup> janvier 1994, l'avis devait être inscrit au registre central des régimes matrimoniaux, suivant les articles 474 C.c.Q. et 1266b C.c.B.C. (l'article 1266b ne précisait pas, cependant, à qui incombait l'obligation de transmettre l'avis). Le registre des régimes matrimoniaux avait été créé en 1969 aux termes de la *Loi concernant le registre central des régimes matrimoniaux* (L.Q. 1969, c. 78) et était régi par les articles 19 à 22 de la *Loi sur le ministère de la justice*, (L.R.Q. c. M-19). L'article 163 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c. 57) prévoit que les avis inscrits à ce registre sont portés d'office au nouveau registre des droits personnels et réels mobiliers. D'autre part, entre 1931 et 1994, l'acte de mariage des conjoints devait indiquer s'ils avaient ou non fait un contrat de mariage. Dans l'affirmative, l'acte devait énoncer le nom et l'adresse du notaire instrumentant : C.c.B.C., art. 65(8).

<sup>11</sup> C.c.Q., art. 433. Comme nous le verrons au chapitre 3 de la présente partie, le contrat de mariage passé durant le mariage prend effet à la date que porte ledit contrat.

<sup>12</sup> La même règle a prévalu entre la réforme de 1980 et celle de 1994. Voir Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 83 et Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 140-141. Avant la réforme de 1980, cependant, c'est l'enregistrement du contrat de mariage qui en assurait l'opposabilité aux tiers (C.c.B.C., art. 1266 b).

aux règles particulières à la publicité des donations<sup>13</sup>.

## § 2 Les conditions de fond

Comme pour tout autre contrat, le contrat de mariage suppose un consentement valablement donné par des personnes juridiquement aptes<sup>14</sup>. Pour être valable, le consentement doit être libre et éclairé<sup>15</sup>. Il est libre s'il n'est pas vicié par la crainte. Il est éclairé s'il n'est pas vicié par l'erreur. Le contrat de mariage qui ne respecte pas ces conditions est susceptible d'être annulé, à la demande de l'époux dont le consentement est vicié<sup>16</sup>.

Sont juridiquement capables de signer un contrat de mariage les personnes majeures aptes. La loi autorise cependant le mineur et le majeur inapte à signer une convention matrimoniale à certaines conditions : «*Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*». En ouvrant une telle brèche dans le droit commun des obligations, le législateur manifeste la faveur qu'il accorde au mariage et,

---

<sup>13</sup> C.c.Q., art. 1824. Pour un exposé sommaire des règles de publicité des donations depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994, voir Chambre des Notaires du Québec, *Consultations aux notaires sur le Code civil du Québec*, Montréal, 1995, p. 17 (Question n° 16). Pour un exposé sommaire des règles prévalant avant 1994, voir notamment Pierre CIOTOLA, *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 6, Montréal, 1991, p. 15 et suiv.

<sup>14</sup> C.c.Q., art. 1385.

<sup>15</sup> C.c.Q., art. 1399 et suiv.

<sup>16</sup> C.c.Q., art. 1407.

incidemment, à ses accessoires juridiques.

Ainsi, le mineur autorisé à se marier peut, avant la célébration du mariage, signer un contrat de mariage pourvu qu'il ait préalablement obtenu l'autorisation du tribunal. Le tribunal se prononcera après avoir pris en considération l'avis du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur à la personne, selon le cas<sup>17</sup>.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994, seul le mineur âgé de 16 ans ou plus et bénéficiant du consentement de ses parents ou de son tuteur, le cas échéant, peut contracter mariage<sup>18</sup>. Avant cette date, une fille âgée d'au moins 12 ans et un garçon âgé d'au moins 14 ans pouvaient contracter mariage, pour autant qu'ils aient été autorisés par leur père ou leur mère, ou, selon le cas, par leur tuteur ou curateur au cas d'émancipation, ayant lui-même été autorisé par le conseil de famille<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> C.c.Q., art. 434. Le mineur peut demander seul cette autorisation : C.c.Q., art. 434 al. 3. Notons qu'avant la réforme de 1980, le mineur était habilité à passer toutes les conventions matrimoniales voulues, pourvu qu'il ait été assisté de son tuteur ou de son curateur (en cas d'émancipation), lequel devait être autorisé par le juge sur avis du conseil de famille et pourvu qu'il ait obtenu les consentements nécessaires pour contracter mariage : C.c.B.C., art. 1262. Pour la situation qui prévalait avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, voir l'ancien article 1267 C.c.B.C et Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 188.

<sup>18</sup> C.c.Q., art. 373(1).

<sup>19</sup> C.c.B.C., art. 115 et 119-120. Voir également les anciens articles 153 et 154. Pour la situation qui prévalait avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, voir les anciens articles 119 à 122, de même que les articles 153 et 154 C.c.B.C. Avant cette date, rappelons-le, l'âge de la majorité était fixé à 21 ans : C.c.B.C., art. 246. Par ailleurs, le consentement des deux parents était requis. En cas de désaccord, cependant, le consentement du père était considéré suffisant.

Le contrat de mariage fait par un mineur peut être annulé, à la demande du mineur lui-même et de toute personne ou instance appelée à donner son avis, s'il a été signé sans la capacité exigée ou si l'autorisation du tribunal requise par la loi n'a pas été régulièrement obtenue. Il faut toutefois noter que la nullité ne peut être demandée qu'à l'intérieur de l'année suivant la célébration du mariage<sup>20</sup>.

Une fois marié, le mineur pourra faire toutes les conventions matrimoniales voulues sans avoir à obtenir quelle qu'autorisation que ce soit<sup>21</sup>. Étant pleinement émancipé par le mariage, il deviendra alors capable, comme s'il était majeur, d'exercer tous ses droits

---

De même, en cas d'impossibilité pour l'un des parents de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffisait. À ce sujet, voir Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 188 et Albert BOHÉMIER, «Le rôle de la volonté dans la formation du mariage», dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale, livre du centenaire du Code civil I*, Montréal, P.U.M., p. 235, à la page 237.

<sup>20</sup> C.c.Q., art. 435. Entre 1970 et 1981, la sanction du défaut d'assistance était également la nullité relative du contrat de mariage. Cette nullité ne pouvait être invoquée que par le mineur et les personnes dont l'assistance était nécessaire et ne pouvait plus être soulevée lorsqu'il s'était écoulé un an depuis la majorité : C.c.B.C. art. 1262 al. 2. Avant 1970, c'est l'article 1267 qui prévoyait le cas du contrat de mariage du mineur. Cette disposition était cependant silencieuse sur la sanction applicable à défaut d'avoir obtenu les autorisations requises, ce qui donna lieu à une importante controverse, laquelle fut finalement tranchée par la Cour suprême dans l'affaire *Gendron c. Gaudreault*, [1978] 1 R.C.S. 810, commentée par Roger COMTOIS, «Jurisprudence - contrat de mariage signé par un mineur non assisté - nullité absolue selon la Cour suprême - fin de la controverse», (1977) 80 *R. du N.* 43. Pour une analyse doctrinale de la question avant le jugement de la Cour suprême, voir Jean-Guy CARDINAL, «Les actes du mineur sont-ils nuls?», (1959) 62 *R. du N.* 196.

<sup>21</sup> Notons immédiatement que le droit de faire de conventions matrimoniales durant le mariage n'existe que depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1970 ; *infra*, section 1, chapitre 3, partie 1.

civils<sup>22</sup>.

Quant au majeur inapte, la loi fait certaines distinctions en fonction de son degré d'inaptitude. Étant considéré totalement inapte et de manière permanente, le majeur sous curatelle ne peut se marier et, incidemment, ne peut signer de contrat de mariage<sup>23</sup>. Son état de santé ne lui permettrait pas de saisir entièrement la nature et la portée de ses engagements<sup>24</sup>.

Il en est autrement du majeur pourvu d'un tuteur ou d'un conseiller. Le majeur sous tutelle, considéré partiellement ou temporairement inapte, a le pouvoir de signer un contrat de mariage dans la mesure où il obtient l'assistance de son tuteur, lequel doit avoir préalablement obtenu l'autorisation du tribunal. Le tribunal se prononcera après avoir pris en considération l'avis du conseil de tutelle. De même, le majeur pourvu d'un conseiller a la capacité de signer un contrat de mariage, avec l'assistance de son conseiller. Contrairement au cas du majeur sous tutelle, aucune autorisation judiciaire n'est alors requise<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> C.c.Q., art. 175 et 176.

<sup>23</sup> Voir cependant José WOEHLING, «L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit de la famille au Québec», (1988) 19 *R.G.D.* 735, 743-744.

<sup>24</sup> C.c.Q., art. 436 *a contrario* ; C.p.c., art. 70 al. 2 *a contrario*.

<sup>25</sup> C.c.Q., art. 436.

Également, le majeur représenté par un mandataire dûment désigné aux termes d'un mandat donné en prévision de l'incapacité<sup>26</sup> peut signer un contrat de mariage s'il est assisté de son mandataire, autorisé à ce titre par le tribunal. Toutefois, le degré d'incapacité du majeur ainsi représenté ne doit pas être celui qui aurait, en l'absence de mandat, justifié l'ouverture d'un régime de curatelle.

Le contrat de mariage fait par un majeur inapte peut être annulé, à la demande du majeur et de toute personne ou instance appelée à donner son avis, s'il a été signé sans que les autorisations ou avis requis par la loi aient été régulièrement obtenus. La nullité ne pourra cependant être demandée qu'à l'intérieur de l'année suivant la célébration du mariage ou, s'il s'agit d'un contrat fait durant le mariage, de l'année suivant la date de l'acte<sup>27</sup>.

Avant 1989, le majeur prodigue<sup>28</sup> et le faible d'esprit ne pouvaient passer de conventions matrimoniales qu'avec l'assistance de leur curateur ou conseil judiciaire, ce dernier devant être autorisé à cet effet par le tribunal sur avis du conseil de famille<sup>29</sup>. Quant au

---

<sup>26</sup> C.c.Q., art. 2166 et suiv.

<sup>27</sup> C.c.Q., art. 436 al. 2.

<sup>28</sup> On lui assimilait l'interdit pour cause d'ivrognerie d'habitude ou de narcomanie.

<sup>29</sup> C.c.B.C., art. 1263. Le défaut d'assistance était la nullité relative du contrat de mariage. Cette nullité ne pouvait être invoquée que par l'incapable lui-même et les personnes qui devaient l'assister et devait être soulevée avant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la célébration du mariage. Avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, on ne note aucun article du Code

majeur interdit pour folie<sup>30</sup>, on le considérait juridiquement incapable de contracter mariage et par conséquent, de signer une convention matrimoniale<sup>31</sup>.

## SECTION 2 : LE CONTENU CLASSIQUE DU CONTRAT DE MARIAGE

Il est permis de faire, par contrat de mariage, toute sorte de stipulations, sous réserve, cependant, des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public<sup>32</sup>. Bien qu'à prime abord, les possibilités contractuelles semblent très grandes, l'histoire nous enseigne qu'elles se résument à peu de choses. Nous allons donc,

---

civil traitant du cas du prodigue et du faible d'esprit. Selon la doctrine, la personne assistée d'un conseil judiciaire pouvait signer un contrat de mariage seule, dans la mesure où ledit contrat ne comportait aucune aliénation (lire donation). En cas contraire, l'assistance du conseil judiciaire devenait nécessaire : C.c.B.C., art. 351. Quant à l'interdit, on considérait qu'il ne pouvait valablement signer de contrat de mariage, sous peine de nullité relative. Seul l'interdit, cependant, était admis à soulever telle nullité. Si, toutefois, on pouvait prouver non seulement l'interdiction mais également l'impossibilité pour l'interdit de donner un consentement valide, le contrat pouvait être déclaré nul à la requête de tout intéressé. Voir sur le sujet Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, pp. 191-192.

<sup>30</sup> Il s'agissait du majeur interdit pour cause de démence, imbecillité ou fureur.

<sup>31</sup> Voir C.c.B.C., art. 134 al. 2. Voir également Serge BINETTE, «Le contrat de mariage depuis le nouveau Code civil du Québec», (1981) 1 *C.P. du N.* 107, 111 ; Albert BOHÉMIER, «Le rôle de la volonté dans la formation du mariage», dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale, livre du centenaire du Code civil I*, Montréal, P.U.M., p. 199, p. 235, à la page 238. Voir cependant Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 138.

<sup>32</sup> C.c.Q., art. 431, 1373 et 9. *Supra*, sections 1 et 2, chapitre 1, partie 1.

dans les pages qui suivent, examiner les principaux éléments qui ont traditionnellement constitué le contenu du contrat de mariage.

## **§1 Le régime matrimonial**

### **A. Droit applicable**

Les conjoints ont la liberté d'établir leur propre régime matrimonial<sup>33</sup> par contrat de mariage<sup>34</sup>. Ce n'est qu'à défaut de s'être prévalu de cette possibilité qu'ils se voient assujettis au régime légal ou supplétif institué par le législateur<sup>35</sup>.

Tant sous la coutume de Paris introduite au Canada en 1664<sup>36</sup> que sous le *Code civil du Bas Canada* de 1866, le régime matrimonial

---

<sup>33</sup> Essentiellement, on entend par régime matrimonial l'ensemble des règles juridiques qui gouvernent les rapports des époux avec leurs biens : Jean PINEAU, «L'élaboration d'une politique générale en matière matrimoniale», (1971) 74 *R. du N.* 3 ; Germain BRIÈRE et Pierre BÉLIVEAU, «Réflexions à l'occasion d'une réforme», (1970) 73 *R. du N.* 55. Voir également CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, Nicholas KASIRER (dir.), *Dictionnaire du droit privé et de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, p. 100.

<sup>34</sup> Voir C.c.Q., art. 431. Voir également les commentaires de Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149, 153-154. Le régime matrimonial établi conventionnellement prend effet le jour de la célébration du mariage, nonobstant toute convention contraire : C.c.Q., art. 433.

<sup>35</sup> C.c.Q., art. 432.

<sup>36</sup> Voir «Édit d'établissement de la Compagnie des Indes Occidentales», art. 33, cité dans *Édits, Ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, t.1, Québec, Fréchette, 1854-1856, p. 38.



légal du Québec était la communauté de biens, rebaptisée par la suite communauté de meubles et d'acquêts<sup>37</sup>. Modifiée à plusieurs reprises au cours des décennies, la communauté de biens fut finalement remplacée, le 1<sup>er</sup> juillet 1970, par la société d'acquêts, un régime correspondant davantage aux nouvelles réalités socio-économiques du Québec<sup>38</sup>.

Les régimes de communauté et de société d'acquêts reposent tous deux sur une philosophie de partage<sup>39</sup>. Au moment de la dissolution du mariage ou lors d'une séparation de corps, la plupart des biens acquis par les conjoints durant le mariage doivent faire l'objet d'un partage égalitaire entre eux.

Bien sûr, des différences fondamentales existent entre la communauté et la société d'acquêts. Les règles gouvernant l'administration des régimes ne sont guère comparables. En communauté de biens, le mari est maître et seigneur, alors qu'en

---

<sup>37</sup> C.c.B.C., art. 1268 à 1425i. Pour un exposé sommaire des motifs ayant justifié les codificateurs de retenir la communauté de biens à titre de régime légal, voir Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 2 *R.J.T.* 151 et Gaétan VALOIS, «Contrat de mariage à régimes alternatifs», (1948) 51 *R. du N.* 59.

<sup>38</sup> *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, introduisant les articles 1266 c à 1267 d, aujourd'hui les articles 448 à 484 C.c.Q. Voir Roger COMTOIS, «Le rôle du praticien dans l'élaboration des règles de droit», (1974) 77 *R. du N.* 151, 158.

<sup>39</sup> Les régimes matrimoniaux à base de partage tirent leur origine des droits germanique et coutumier : Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 9.

société d'acquêts, les deux conjoints sont placés sur un pied d'égalité.

De même, les règles régissant la composition et la division des masses partageables sont loin d'être similaires. Il ne nous revient pas d'élaborer davantage sur ces différences. Nous souhaitons simplement mettre en lumière la philosophie de partage commune aux deux régimes.

Règle générale, les époux désireux de se soustraire à l'application du régime légal en vigueur adoptent, par contrat de mariage, la séparation de biens, un régime-type expressément prévu par le législateur<sup>40</sup> et équivalent, selon les termes employés par certains auteurs, à une «absence de régime»<sup>41</sup>. Ainsi, par une simple stipulation contractuelle, les conjoints garantissent l'indépendance de leur patrimoine respectif en excluant la possibilité de tout partage<sup>42</sup> et assurent leur pleine autonomie dans la gestion de leurs

---

<sup>40</sup> C.c.Q., art. 485 à 487. Les régimes à base d'indépendance des patrimoines, comme la séparation de biens, tirent leur origine du droit romain et des pays de droit écrit : Jean PINEAU et Danielle BURMAN. *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal. Éditions Thémis, 1984, p. 9.

<sup>41</sup> Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD. *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy. P.U.L., 1993, p. 133 ; Jean PINEAU et Danielle BURMAN. *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal. Éditions Thémis, 1984, p. 310.

<sup>42</sup> L'adoption du patrimoine familial en 1989 tempère cette affirmation. Quel que soit le régime matrimonial choisi, les biens familiaux énumérés à l'article 414 C.c.Q. feront obligatoirement l'objet d'un partage au moment de la dissolution matrimoniale ou de la séparation de corps : *supra*, section 1, chapitre 1, partie 1.

avoirs propres<sup>43</sup>.

Les conjoints ont également la possibilité de choisir, par contrat de mariage, tout autre régime matrimonial, y compris l'ancienne communauté de biens<sup>44</sup> ou un régime émanant d'une législation étrangère<sup>45</sup>. Ils peuvent en outre demander au notaire instrumentant

---

<sup>43</sup> Il faut noter, cependant, qu'il n'en a pas toujours été ainsi : avant 1964, la femme séparée de biens ne pouvait aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari. Avant 1931, elle n'avait que l'administration et la jouissance de ses biens personnels ; toute aliénation d'immeuble ou de meuble nécessitait le consentement du mari ou du juge, selon le cas : voir les anciens articles 1422 et 1424 C.c.B.C. abolis par la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66 et *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile relativement aux droits civils de la femme*, S.Q. 1930-31, c. 101, art. 5 et 22. Voir aussi les anciens articles 1318 et 1422 C.c.B.C. En doctrine, voir notamment Camille CHARRON, «La séparation de biens comme régime légal : un essai de bilan», (1972) 74 *R. du N.* 307, 315.

<sup>44</sup> Aujourd'hui encore, l'adoption intégrale de l'ancien régime de communauté demeure possible, en référant simplement, dans le contrat de mariage, aux articles 1272 à 1425i C.c.B.C., tel que modifiés par la *Loi concernant les régimes matrimoniaux* (L.Q. 1969, c. 77) et les lois postérieures : Jacques AUGER, «La Loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 74 ; Marcel GUY, «Aperçu général des incidences de la loi 89 sur la pratique notariale», (1981) 1 *C.P. du N.* 1, 19. Certains considèrent cependant que le régime de la communauté devrait être réorganisé conventionnellement pour satisfaire aux exigences du régime primaire, et principalement, au principe d'égalité : Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, p. 195 ; Gérard TRUDEL et Renée DESROSIERS DE LANAUZE, *Code civil du Québec comparé et coordonné au Code civil du Bas Canada*, Montréal, Soquij, 1981, p. 41. Voir également Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, pp. 20-22. *Contra* : Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 133-136.

<sup>45</sup> C.c.Q., art. 3122 et 3111. Voir Jeffrey A. TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, «Le Code civil du Québec : interprétation des règles du droit international privé, dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 810, à la page 886. Voir également Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire*

d'élaborer un régime sur mesure, en fonction de leur situation particulière<sup>46</sup>. Enfin, les conjoints ont le pouvoir d'adopter conventionnellement le cadre de la société d'acquêts ou de l'ancienne communauté de biens<sup>47</sup> tel qu'institué par le législateur québécois, en y apportant toutes les modifications et ajustements voulus<sup>48</sup>.

---

de droit, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 22 ; Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 130 ; Jacques AUGER, «La Loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 74 ; Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 168.

<sup>46</sup> Voir particulièrement *Droit de la famille*-3258, [1999] R.J.Q. 643 (C.A.) et *Droit de la famille*-3111, [1998] R.D.F. 666 (C.S.). Voir également Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 20 et pp. 26-30 ; Guy LEFRANÇOIS, *Les conventions et les partages entre conjoints*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit Nouvelle série*, «Famille», Doctrine - Document 3, Montréal, 1997, p. 18 ; Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 168 ; Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 74 ; Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 130.

<sup>47</sup> Le législateur prévoyait d'ailleurs expressément, dans l'ancien Code civil, certains aménagements particuliers de la communauté de biens. Ainsi, les conjoints pouvaient adopter certaines clauses modificatives, telles la clause de réalisation, la clause de communauté réduite aux acquêts, la clause d'ameublement, la clause de séparation de dettes, la clause de faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte, la clause de préciput conventionnel, les clauses par lesquelles on assignait à chacun des époux des parts inégales dans la communauté et la clause de communauté à titre universel. Voir C.c.B.C., art. 1384 et suiv. et Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 46 et suiv.

<sup>48</sup> Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, pp. 183-184 ; Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis,

Rappelons qu'une restriction générale vient, en toute hypothèse, limiter le choix des époux. Le régime établi, de même d'ailleurs que toutes les autres stipulations du contrat de mariage, doivent respecter l'ordre public et les dispositions impératives de la loi<sup>49</sup>.

## B. Analyse socio-juridique

Comme nous l'avons souligné en introduction, l'établissement d'un régime matrimonial apparaît comme l'objet principal, sinon exclusif, du contrat de mariage traditionnel<sup>50</sup>. En conséquence, il

---

1984, p. 129 ; Jacques AUGER, «La Loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 74-75 ; Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 20. Selon certains, les conjoints ne pourraient toutefois porter atteinte à l'essence même du régime matrimonial choisi, ni combiner des clauses inconciliables, ni établir des régimes alternatifs : Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 184 ; Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 168-169 ; Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 74 et 77. *Contra* : Gaétan VALOIS, «Contrat de mariage à régimes alternatifs», (1948) 51 *R. du N.* 57, 66 et suiv.

<sup>49</sup> C.c.Q., art. 431. Au sujet de l'ordre public, le professeur Louis Marceau écrit : «[l]a loi [...] n'a pas cru bon d'imposer tel ou tel système et a préféré laisser aux futurs époux la liberté de fixer comme ils l'entendraient ce régime inéluctable, cette liberté devant, toutefois, être exercée par eux dans le cadre naturel de l'ordre public, des bonnes moeurs et des impératifs légaux.» : Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 50.

<sup>50</sup> Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 55 et suiv. ; Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 73 et Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 171. Voir également Alain ROY, «Des contrats de mariage innovateurs», (1995) 98 *R. du N.* 64, 65.

faut reconnaître qu'il existe un rapport direct entre la popularité du régime légal applicable à une époque donnée et la propension des conjoints à conclure un contrat de mariage. Ainsi, les conjoints qui souhaitent être assujettis au régime légal voient rarement l'utilité de passer chez le notaire pour y signer une convention matrimoniale.

À cet égard, il convient d'analyser brièvement les différentes tendances qui ont marqué l'histoire québécoise en matière de régimes matrimoniaux. Le régime supplétif choisi par le législateur a-t-il toujours été à la hauteur des aspirations de la population québécoise? L'histoire révèle-t-elle au contraire un certain décalage entre la volonté du législateur et celle des conjoints, favorisant ainsi le contrat de mariage comme voie échappatoire?

Il semble qu'à l'époque de la codification, le régime légal de la communauté de biens convenait parfaitement aux besoins de la population québécoise. En conséquence, comme le notent les professeurs Jean Pineau et Danielle Burman, la grande majorité des couples se mariaient sans contrat de mariage<sup>51</sup>. Les époux s'accommodaient parfaitement de la philosophie communautaire, tout autant d'ailleurs que de la centralisation des pouvoirs conjugaux et

---

<sup>51</sup> Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*. Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 122. M<sup>re</sup> JeanTurgeon estime d'ailleurs qu'à cette époque, la proportion de conjoints mariés en communauté était de 75% : Jean TURGEON, Association Henri Capitant, Ottawa, 1958, p. 856. Au début de la colonie cependant, il semble que les futurs époux signaient un contrat de mariage pour se soumettre simplement à la Coutume de Paris, sans y prévoir d'autres stipulations : Jean-Marie AUGUSTIN, «Les premiers contrats de mariage à Montréal de 1648 à 1664 et la Coutume de Paris», (1996) 30 *R.J.T.* 1, 9-12.

familiaux entre les mains du mari<sup>52</sup>. Cependant, la situation allait rapidement évoluer. Déjà, au début du siècle dernier, Mignault observait :

«[Le régime de la communauté de biens] commence à tomber en défaveur ; on préfère celui de la séparation de biens, qui laisse à chaque époux l'administration de ses biens et prévient des procès et des contestations regrettables. La présomption légale que les parties qui ne s'en expliquent pas ont choisi la communauté est donc moins conforme qu'autrefois à la réalité des faits, mais le législateur n'a pas cru devoir innover à une législation séculaire.»<sup>53</sup>

Puis, à partir des années 1920, on a pu observer une désaffectation accélérée du régime de la communauté de biens en faveur de la séparation de biens. Selon une étude réalisée par le professeur Roger Comtois, dès 1932, une proportion estimée à 43% des couples choisissaient la séparation de biens. Cette proportion augmentait à 47% en 1942 et à 62% en 1952<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Danielle BURMAN. «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer». (1988) 2 *R.J.T.* 151. Voir aussi Roger COMTOIS. «Le rôle du praticien dans l'élaboration des règles de droit». (1974) 77 *R. du N.* 151, 155.

<sup>53</sup> Pierre-Basile MIGNAULT. *Le droit civil canadien*, t. 6. Montréal. Théorêt. 1902. p. 135. Au même effet, voir Jean PINEAU et Danielle BURMAN. *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*. Montréal. Éditions Thémis. 1984. p. 3 et p. 121 et suiv. ; Jean PINEAU. «L'élaboration d'une politique générale en matière matrimoniale». (1971) 74 *R. du N.* 3, 4-5 et Philibert BAUDOUIN. «Administration des biens de la femme». (1904) 10 *R.L.n.s.* 301, 302.

<sup>54</sup> Roger COMTOIS. *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*. Montréal. Le Recueil de droit et de jurisprudence. 1964. p. 321.

Plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer ce renversement d'attitude chez les conjoints. L'une d'elles serait attribuable aux recommandations faites aux futurs conjoints par les notaires appelés à les conseiller sur le choix d'un régime matrimonial :

«La confiance que portent les clients à leur notaire, tant dans les questions juridiques que dans les questions économiques, est immense. Les clients se font expliquer par leur conseiller juridique les règles de droit, puis ils se tournent vers lui et lui demandent : que devons-nous faire? Quel régime devons-nous choisir?»<sup>55</sup>

De façon générale, il semble que les notaires déconseillaient l'assujettissement au régime légal en raison de sa lourdeur administrative et de la complexité de ses règles de fonctionnement<sup>56</sup>. Plus spécifiquement, le professeur Comtois explique le comportement des notaires par une certaine paresse intellectuelle. Selon lui, vanter la simplicité de la séparation de biens était beaucoup moins compliqué que d'expliquer la philosophie et le fonctionnement du régime légal ou de proposer un régime conventionnel inspiré du régime communautaire :

---

<sup>55</sup> Roger COMTOIS, «Le rôle du praticien dans l'élaboration des règles de droit», (1974) 77 *R. du N.* 151, 155-156.

<sup>56</sup> Certains s'offusquaient profondément de l'attitude généralisée des notaires, comme en témoignent les propos de M<sup>e</sup> Gaétan Valois : «[...] [I]e fait de priver nos mères de famille, par le truchement d'un contrat de mariage mal avisé, de ce droit sacré et si chèrement gagné [la communauté de biens], n'est rien de moins que criminel et frustratoire». Gaétan VALOIS, «Contrat de mariage à régimes alternatifs» (1948) 51 *R. du N.* 59, 61.



«[...] nous estimons que chez la majorité des praticiens, l'excuse pour ignorer la communauté conventionnelle se trouve plutôt dans une attitude de résignation quand ce n'en est pas une de routine et de paresse intellectuelle. Les régimes matrimoniaux sont une matière difficile à assimiler et difficile à expliquer. Le praticien trouve beaucoup plus simple et expéditif d'expliquer brièvement les conséquences de la séparation de biens et de soumettre le client à une formule toute prête. Il serait certes beaucoup plus onéreux de faire pour chaque client un parallèle entre les deux systèmes, d'étudier la situation particulière des conjoints et de proposer un contrat spécial ajusté aux besoins des individus!»<sup>57</sup>

Par ailleurs, dans le milieu des affaires, la séparation de biens présentait des avantages indéniables par rapport à la communauté de biens, en ce qu'elle garantissait également une séparation de dettes. Le doyen René Savatier observe justement :

«Le régime de séparation de biens s'est alors depuis longtemps mué en un instrument sportif, utilisé par les époux pour tenter de gagner la course qu'ils soutiennent contre leur créancier. L'individualisme du régime devient un conventionnel rideau, derrière lequel les biens conjugaux passent, avec une étrange agilité, du patrimoine de l'époux insolvable dans le patrimoine, apparemment séparé, de l'époux *in bonis*.»<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, pp. 330-331. À ce sujet, voir également *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, pp. 32-33 et Gaétan VALOIS, «Contrat de mariage à régimes alternatifs», (1948) 51 *R. du N.* 59, 62-63.

<sup>58</sup> René SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 112.

Par opposition, la communauté de biens, quels que soient les aménagements pouvant y être apportés, impliquait aussi une communauté de dettes. Dès lors, comme le précise le professeur Comtois, ce régime pouvait difficilement convenir à des ménages où l'homme ou la femme était en affaires et par conséquent, risquait d'engager toute la communauté pour leurs dettes respectives<sup>59</sup>.

Enfin, certains prétendaient qu'on délaissait la communauté de biens en raison d'une certaine tendance à vouloir copier les voisins anglophones régis par une *common law* qui ne connaissait nullement la notion de régime matrimonial. Le notaire Gaétan Valois écrit en ce sens :

«Dire qu'il n'y a pas un peu de "monkey sees, monkey does" dans cet engouement aveugle vers la séparation de biens, à titre général, ce serait contre la vérité. Ontario [sic] vers l'ouest, le Nouveau-Brunswick à l'est, tous deux à nos portes, ne connaissent pas d'autre chose : l'état de New-York, le Vermont et le Maine, du côté sud, pas davantage. Et l'on semble se justifier disant ce qui est bon chez l'un ne saurait être mauvais chez l'autre... [sic] "What is good for the goose, is good for the

---

<sup>59</sup> Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, pp. 326-327. Concernant la propension des notaires à conseiller la séparation de biens pour ce motif, voir les critiques de Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149, 151 et de Gaétan VALOIS, «Contrat de mariage à régimes alternatifs», (1948) 51 *R. du N.* 59, 63.

grander!"»<sup>60</sup>

À ces différents motifs s'ajouta, à compter des années '60, le caractère discriminatoire du régime communautaire. Dans le contexte de la révolution tranquille, les inégalités entre mari et femme véhiculées par la communauté de biens devenaient socialement difficiles à tolérer<sup>61</sup>. En comparaison, le régime de la séparation de biens permettait à la femme mariée d'exercer certains pouvoirs sur ses biens et de jouir en conséquence d'une certaine autonomie<sup>62</sup>.

Puis, rappelons-le, le législateur consacra, le 1<sup>er</sup> juillet 1964, la capacité juridique de la femme mariée aux termes du Bill 16<sup>63</sup>. Ainsi, l'épouse pouvait-elle désormais jouir d'un statut équivalent à celui de son mari, du moins sur le plan des relations pécuniaires, pour autant qu'elle adopte le régime de la séparation de biens<sup>64</sup>. Dès

---

<sup>60</sup> Gaétan VALOIS, «Contrat de mariage à régimes alternatifs», (1948) 51 *R. du N.* 59, 62-63.

<sup>61</sup> Nous traiterons de l'avènement de l'égalité des sexes dans le couple dans la deuxième partie.

<sup>62</sup> C.c.B.C., art. 176, 177 et 210. Voir Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 324.

<sup>63</sup> *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, (S.Q., 1964, c. 66).

<sup>64</sup> Voir à cet effet Jean PINEAU, «L'autorité dans la famille», (1965-66) 7 *C. de D.* 201, 207-208 et 211 ; Ernest CAPARROS, «Antithèses et synthèses des régimes matrimoniaux», (1965-66) 7 *C. de D.* 289, 293 et Germain BRIÈRE, «L'épouse et l'administration des biens», dans Jacques BOUCHER et André MOREL (Dir.), *Le droit et la vie familiale - Livre du centenaire du Code civil (I)*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 215.

lors, comme l'écrit la professeure Danielle Burman :

«On put assister à un abandon massif du régime légal et à l'adoption également massive du régime conventionnel de la séparation de biens, qui, avec le bill 16, devait traduire l'émancipation et l'indépendance de la femme [...]. La communauté sera désormais mise à l'index, parce qu'identifiée de façon indélébile à l'idée d'incapacité et de toute-puissance maritale.»<sup>65</sup>

Cela dit, personne n'aurait osé prétendre que la séparation de biens ne comptait que des avantages. Le régime séparatiste comportait d'importantes faiblesses, principalement pour la femme. Il faut se rappeler que dans la société québécoise traditionnelle, le mari était le seul pourvoyeur de la famille, la femme demeurant au foyer pour éduquer les enfants et s'occuper des travaux ménagers. La séparation de biens ne permettant pas à la femme d'obtenir quel que droit que ce soit dans les biens de son mari, on pouvait facilement déduire les effets dévastateurs qu'une rupture conjugale pourrait avoir sur sa situation économique<sup>66</sup>.

---

à la page 216. Voir cependant Camille CHARRON, «La séparation de biens comme régime légal, un essai de bilan», (1974) 72 *R. du N.* 307, 322.

<sup>65</sup> Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 2 *R.J.T.* 151. À ce sujet, voir également Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 3<sup>e</sup> éd., pp. 108-109.

<sup>66</sup> Camille CHARRON, «La séparation de biens comme régime légal, un essai de bilan», (1974) 72 *R. du N.* 307, 323-324.

Les notaires appelés à conseiller les futurs conjoints sur le choix d'un régime matrimonial étaient conscients d'une telle problématique, mais en minimisaient l'importance, compte tenu du faible taux de divorce et de séparation qu'affichait la société québécoise d'alors.

En outre, les notaires tentaient de remédier aux difficultés potentielles du régime séparatiste en insérant au contrat de mariage des donations entre vifs et à cause de mort au profit de l'épouse. Comme nous le verrons, le recours aux donations s'avéra toutefois insuffisant pour rétablir l'équilibre économique entre les conjoints.

Pressentant la montée fulgurante du taux de divorce dans les années '70, le législateur décida, le 1<sup>er</sup> juillet 1970, de bloquer l'exode vers le régime de la séparation de biens - qui attirait alors une proportion de 70% des conjoints<sup>67</sup> - en instituant le nouveau régime légal de la société d'acquêts. Correspondant aux nouvelles mentalités, le nouveau régime combinait plusieurs avantages : l'autonomie et l'égalité des conjoints, la séparation des patrimoines et des dettes, une simplicité de gestion, et surtout, une justice garantie par le partage des valeurs acquises grâce aux efforts conjugués des conjoints. Le Comité des régimes matrimoniaux de l'Office de révision du Code civil résumait les avantages de la société d'acquêts en ces termes :

---

<sup>67</sup> Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149, 155.

«N'est-il pas plus convenable de promouvoir dès le mariage, entre deux personnes aussi intimement unies dans la poursuite d'un but commun, une certaine communauté d'intérêts, mais sans pour autant chercher à créer une confusion, même partielle, de leur patrimoine? S'il était possible d'organiser un système matrimonial qui, tout à la fois, respecterait l'autonomie, l'égalité et l'indépendance des deux époux, et permettrait à chacun de participer, lors de la dissolution du régime, aux bénéfices réalisés pendant sa durée, n'y aurait-il pas là une formule-type permettant d'atteindre le but désiré et susceptible de rallier, comme il se doit, l'adhésion de la majorité? Le régime légal proposé, la société d'acquêts, traduit fondamentalement ces préoccupations.»<sup>68</sup>

En introduisant la société d'acquêts à titre de régime légal, le législateur réitérait donc la philosophie de partage qu'il préconisait en matière matrimoniale depuis la codification, tout en offrant aux justiciables un régime adapté aux réalités contemporaines.

Entre 1971 et 1980, on put noter un redressement significatif de la situation, puisqu'une proportion de 48% des couples mariés dans cet intervalle choisirent d'être régis par la société d'acquêts. Cette proportion passa à 61% pour les couples mariés entre 1981 et 1989<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL. *Rapport du Comité des régimes matrimoniaux - Notes explicatives (Loi concernant les régimes matrimoniaux)*, Québec. Publications du Québec, 1968, rapporté dans *Le manuel du notaire*, vol. 1. Montréal. Chambre des Notaires du Québec, 1970, p. 8.

<sup>69</sup> André COSSETTE, «Statistiques en matière de mariage», (1991) 93 *R. du N.* 537. Voir aussi Michèle RIVET, «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970», (1974) 15 *C. de D.* 613 et Danielle BURMAN, «Politiques législatives

Reprenons maintenant les mêmes périodes et examinons le pourcentage de couples ayant cru bon faire un contrat de mariage avant de convoler en justes noces : entre 1971 et 1980, le pourcentage était de 63% alors qu'il se situait à 49% entre 1981 et 1989.

On peut conclure de ces statistiques que seulement 10% des couples qui souhaitent être régis par le régime de la société d'acquêts font tout de même un contrat de mariage. Ce résultat est conforme à celui auquel la professeure Michèle Rivest est parvenue dans une étude empirique réalisée au début des années '70. Sur 549 conventions matrimoniales étudiées, 488 établissaient la séparation conventionnelle de biens et 61 la société d'acquêts, ce qui représente un pourcentage de 11%<sup>70</sup>.

Il n'est donc pas faux de prétendre qu'à mesure qu'augmente la propension des conjoints d'opter pour le régime légal, le nombre de couples qui se tournent vers le contrat de mariage diminue.

L'augmentation graduelle du nombre de couples choisissant de s'assujettir au régime légal n'a pu, toutefois, satisfaire le législateur. Sans doute, les dommages subis par les femmes mariées

---

québécoises dans l'aménagement des rapports entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149, 156.

<sup>70</sup> Michèle RIVEST, «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970», (1974) 15 *C. de D.* 613, 627.

sous le régime de la séparation de biens lui apparaissaient trop importants pour qu'il marginalise les couples toujours assujettis à ce régime et ceux choisissant encore de s'y soumettre. Aussi, comme nous l'avons déjà souligné au chapitre précédent, le législateur décida-t-il d'introduire, le 1<sup>er</sup> juillet 1989, la mesure du patrimoine familial, imposant ainsi aux conjoints l'obligation de partager certains biens lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de corps, indépendamment de leur régime matrimonial<sup>71</sup>.

Or, si l'instauration du régime légal de la société d'acquêts a pu entraîner une diminution significative du nombre de contrats de mariage, l'institution du patrimoine familial en a quasiment provoqué l'extinction. En effet, depuis cette époque, plusieurs couples qui auraient été tentés d'opter pour le régime de la séparation de biens et conséquemment, de signer un contrat de mariage dans le but d'exclure l'idée de tout partage au jour de la rupture, ont rebroussé chemin en apprenant qu'en dépit de toute stipulation contractuelle, la majorité des biens qu'ils réussiraient à accumuler durant le mariage feraient obligatoirement l'objet d'un partage à cette occasion.

Le contrat de mariage n'est donc plus l'étape quasi-obligée qu'il fut dans le passé. En renonçant à exercer le peu de discrétion qu'il leur est encore accordée dans l'aménagement du cadre de partage de leurs

---

<sup>71</sup> *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55. *Infra.* §2, section 1, chapitre 1, partie 1.



biens respectifs, les conjoints semblent préférer, dans une large majorité, s'en remettre aux choix qu'a fait pour eux le législateur et éviter ainsi les frais d'un contrat de mariage.

## **§2 Les donations**

Longtemps, les donations ont figuré au rang des éléments les plus importants du contrat de mariage<sup>72</sup>. Selon les circonstances, elles poursuivaient différentes fins et répondaient à des besoins précis.

Les raisons justifiant la présence de donations dans le contrat de mariage apparaissent aujourd'hui beaucoup moins nombreuses qu'auparavant. L'évolution des mœurs et les réformes législatives entreprises au cours des dernières années en matière matrimoniale semblent avoir considérablement altéré l'utilité de certains transferts autrefois très fréquents.

En principe, les donations faites par contrat de mariage sont assujetties au droit commun des donations<sup>73</sup>. La loi prévoit toutefois des règles d'exception en la matière. Aujourd'hui en nombre limité, les dérogations au régime général des donations

---

<sup>72</sup> Guy LEFRANÇOIS, *Les conventions et les partages entre conjoints*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit Nouvelle série*, «Famille», Doctrine - Document 3, Montréal, 1997, p. 44 ; Pierre CIOTOLA, *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 6, Montréal, 1991, p. 13.

<sup>73</sup> C.c.Q., art. 1806 et suiv.

étaient jadis nombreuses et importantes<sup>74</sup>. Par leur spécificité, elles démontraient la faveur que le législateur accordait à l'institution du mariage. À cet égard, Mignault écrivait :

«Le mariage est à la base de l'ordre social, et pour le favoriser, le législateur n'a pas craint de déroger aux règles les plus fondamentales [du titre des donations].»<sup>75</sup>

Compte tenu de la perspective qui sous-tend la présente thèse, nous ne croyons pas utile de recenser les règles de droit commun relatives aux donations. Il nous importe cependant d'exposer sommairement les règles d'exceptions applicables aux donations par contrat de mariage.

Certaines de ces règles sont applicables à l'ensemble des donations contenues au contrat de mariage, qu'elles soient stipulées entre vifs ou à cause de mort, alors que d'autres sont spécifiques à un seul type de donation. Nous diviserons donc notre exposé en trois parties, correspondant aux règles communes à toutes les donations par contrat de mariage (A), aux règles spécifiques aux donations entre vifs (B) et aux règles spécifiques aux donations à cause de mort (C), en prenant soin, dans chaque cas, de distinguer les règles toujours

---

<sup>74</sup> Le *Code civil du Bas Canada* consacrait quatorze articles aux donations par contrat de mariage (art. 817 à 830), alors que le *Code civil du Québec* ne leur en consacre que 3 (art. 1839 à 1841).

<sup>75</sup> Pierre-Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 191. Voir également Générosa BRAS MIRANDA, *La prohibition des pactes sur succession future*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, pp. 52 et 56.

en vigueur de celles qui appartiennent au passé.

Nous procéderons ensuite à l'analyse socio-juridique du sujet, de manière à pouvoir dégager les motifs qui amenaient jadis les conjoints à convenir de telles stipulations et ceux qui, aujourd'hui, semblent en justifier l'abandon.

## **A. Droit applicable**

### **1) Les règles communes aux donations par contrat de mariage**

La première règle commune à toute donation par contrat de mariage concerne leur effectivité : les donations ne sont valides que si le mariage est régulièrement célébré<sup>76</sup>. Les donations par contrat de mariage sont donc faites sous la condition suspensive *si nuptia sequantur*<sup>77</sup>. Le législateur présume que le donateur n'a agi qu'en considération du mariage et pour aucun autre motif. Rien ne s'oppose, cependant, à ce que l'effet des donations consenties

---

<sup>76</sup> C.c.Q., art. 1839 et 433. Cela dit, comme nous l'étudierons plus loin, il est désormais possible aux époux de faire un contrat de mariage durant le mariage. Dans cette hypothèse, les donations consenties dans le contrat prendront effet à la date du contrat : C.c.Q., art. 433 et 438.

<sup>77</sup> Pierre-Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 196. Voir aussi J. Émile BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien. Donations et testaments*, t. 1, Montréal, 1933, p. 703 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, «Donations, testaments, legs, exécuteurs testamentaires», Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 249 et suiv.

remontent au jour du contrat de mariage<sup>78</sup>.

Au plan de la capacité des parties, la loi autorise le mineur, en principe incapable de donner, à disposer à titre gratuit dans son contrat de mariage. Pour ce faire, le mineur doit avoir obtenu les autorisations requises aux termes de la loi pour contracter mariage et consentir à des conventions matrimoniales<sup>79</sup>.

Aujourd'hui disparues, d'autres dérogations au régime général caractérisaient autrefois les donations par contrat de mariage. Sans en faire une énumération complète, soulignons simplement l'ancien article 768 du *Code civil du Bas Canada*, abrogé en 1981<sup>80</sup>, aux termes duquel les donations entre concubins ou par un concubin à ses enfants adultérins ou incestueux, alors limitées à des aliments dans les actes de donations ordinaires, ne faisaient plus l'objet d'aucune restriction lorsqu'elles étaient établies dans le contrat de mariage

---

<sup>78</sup> Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 67 ; Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 81.

<sup>79</sup> C.c.Q., art. 1813 et 434. *Supra*, §2, section 1, chapitre 2, partie 1. Pour la situation qui prévalait avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, voir l'ancien article 1267 C.c.B.C. À cette époque, certains considéraient que le mineur ne pouvait consentir des donations qu'en faveur seulement de son futur époux et de ses enfants à naître du mariage. Sur cette question, voir l'exposé et les références citées dans Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 189, aux notes 320 à 323.

<sup>80</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 35.

des concubins en voie de se marier<sup>81</sup>.

On peut également mentionner la présomption d'acceptation des donations contenues au contrat de mariage que l'ancien Code civil prévoyait en faveur des conjoints et des enfants à naître<sup>82</sup>.

Signalons enfin les assouplissements autrefois apportés en matière d'enregistrement. Ainsi, les donations en ligne directe par contrat de mariage, tant entre vifs qu'à cause de mort, étaient soustraites à la formalité de l'enregistrement, sauf pour ce qui excédait les effets des lois générales d'enregistrement<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> D'aucuns ont interprété l'abrogation de l'article 768 comme équivalant à l'entrée de l'union de fait dans le domaine du licite : Marcel GUY, «Aperçu général des incidences de la loi 89 sur la pratique notariale», (1981) 1 *C.P. du N.* 1, 25 ; Marcel GUY, «Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89», (1981) 1 *C.P. du N.* 157, 165.

<sup>82</sup> C.c.B.C., art. 788. Voir Pierre CIOTOLA, *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 6, Montréal, 1991, pp. 14-15. Il faut noter, cependant, que les enfants nés ne bénéficiaient pas de cette acceptation présumée : Roger COMTOIS, *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, Recueil de droit et de jurisprudence, 1968, p. 95. Depuis l'abrogation de cette présomption le 1<sup>er</sup> janvier 1994, il faut s'en remettre au droit commun qui ne fait qu'autoriser les père et mère ou le tuteur à accepter la donation faite au mineur ou à l'enfant conçu mais non encore né, pour autant, en ce cas, qu'il naisse vivant et viable : C.c.Q., art. 1814.

<sup>83</sup> C.c.B.C., art. 807. Sur cette question, voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, pp. 151-152 et Pierre CIOTOLA, *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 6, Montréal, 1991, p. 15 et suiv.

## **2) Les règles spécifiques aux donations entre vifs**

La première règle spécifique aux donations entre vifs par contrat de mariage concerne la personne du donateur et du donataire. Outre les époux eux-mêmes, seules certaines personnes identifiées par le législateur sont autorisées, à certaines conditions, à intervenir au contrat de mariage pour faire ou recevoir des libéralités entre vifs.

Suivant l'ancien droit, la liste des donateurs potentiels était illimitée, le législateur n'ayant prévu aucune forme de discrimination à cet égard. Cela dit, tous n'étaient pas admis à recevoir une donation entre vifs par contrat de mariage. Pouvaient être donataires les époux ou l'un d'eux, leurs enfants à naître et les tiers, parents ou non des conjoints, mais à la condition, quant à ces derniers, que les époux ou leurs enfants soient avantagés par le même donateur<sup>84</sup>.

Le contrat de mariage devenait donc, dans certains cas, l'instrument par lequel les familles respectives des deux conjoints organisaient la transmission de certains actifs familiaux autour de l'union en devenir<sup>85</sup>. Une telle perspective se comprend aisément, les mariés

---

<sup>84</sup> C.c.B.C., art. 820.

<sup>85</sup> Le professeur Ciotola écrit d'ailleurs : «[j]adis considéré comme pacte de famille, les parents et même les étrangers intervenaient aux conventions matrimoniales pour consentir des libéralités aux futurs époux ou aux enfants à naître» : Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 170.

d'alors n'ayant pas accès à d'autres ressources que celles provenant de leurs propres familles.

Le nouveau droit permet toujours aux tiers, sans exception, d'intervenir au contrat de mariage des conjoints pour y faire une donation entre vifs, mais désormais, seuls les époux et leurs enfants nés ou à naître, s'ils naissent vivants et viables, ont le droit d'être donateurs<sup>86</sup>. À cet égard, la professeure Mireille D. Castelli écrit :

«Le contrat de mariage demeure donc, au-delà de toutes les modifications des mœurs, un moment privilégié à l'arrangement patrimonial des familles. Il n'est plus [cependant] l'arrangement familial fait par les parents des futurs époux mettant en cause les frères et soeurs de ces derniers, il ne peut s'agir désormais que des futurs époux et de leurs descendants.»<sup>87</sup>

Le rétrécissement du cercle des donataires rejoint la préoccupation du législateur d'adapter les donations par contrat de mariage aux réalités sociales contemporaines<sup>88</sup>. L'Office de révision du Code civil avait proposé de restreindre également le cercle des donateurs aux seuls époux, la pratique des donations par d'autres personnes

---

<sup>86</sup> C.c.Q., art. 1840.

<sup>87</sup> Mireille D. CASTELLI. «La réforme du droit des obligations. Les donations», (1988) 29 *C. de D.* 953, 974.

<sup>88</sup> *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, p. 1132. Voir également Pierre CIOTOLA. «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 170.

étant de plus en rare<sup>89</sup>. Comme le note le professeur Serge Binette, les donations faites aux conjoints par leurs parents ou toute autre personne sont aujourd'hui exceptionnelles en raison des facilités d'installation pour les jeunes couples<sup>90</sup>. Désormais, l'accès au crédit assure aux conjoints une stabilité économique qu'ils ne pouvaient autrefois acquérir sans les libéralités parentales<sup>91</sup>.

Une autre des considérations liées aux donations entre vifs par contrat de mariage se rapporte aux conditions résolutoires ou réserves dont on peut les assortir. En vertu du droit actuel, la donation entre vifs par contrat de mariage, comme d'ailleurs toute autre donation, peut être stipulée sous condition résolutoire mixte<sup>92</sup> ou casuelle, mais non purement potestative<sup>93</sup>. L'article 1822 du *Code civil du Québec* prévoit en effet qu'une donation entre vifs stipulée révocable suivant la discrétion du donateur est nulle, alors même

---

<sup>89</sup> P.C.c., art. V-484 et V-485 : *Commentaires du ministre de la justice*, t. 2, Québec, Publications du Québec, p. 727.

<sup>90</sup> Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 33.

<sup>91</sup> Cette considération existait d'ailleurs au tout début de la colonie : voir Jean-Marie AUGUSTIN, «Les premiers contrats de mariage à Montréal de 1648 à 1664 et la Coutume de Paris», (1996) 30 *R.J.T.* 1, 13.

<sup>92</sup> On qualifie également les conditions mixtes de «simplement potestatives».

<sup>93</sup> C.c.Q. art. 1822 et 1500. Voir Denis VINCELETTE, «La donation dans la réforme du Code civil», dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 433, à la page 457.



qu'elle est faite par contrat de mariage.

Sous le *Code civil du Bas Canada*, le législateur était beaucoup plus permissif qu'il ne l'est actuellement. Autrefois, les donations entre vifs par contrat de mariage pouvaient être stipulées sous condition résolutoire purement potestive<sup>94</sup> ou accompagnées de réserves non fixes et déterminées. Le donateur avait donc la possibilité de se réserver le droit de tester sur les choses comprises dans la donation entre vifs ou de reprendre les biens donnés, soit pour les conserver à son propre bénéfice, soit pour les donner à un tiers. La maxime «donner et retenir ne vaut» n'aurait pu permettre d'annuler de telles conditions, le législateur ayant pris soin de les autoriser dans les donations par contrat de mariage.

Par ailleurs, l'ancien droit commun des donations permettait de faire toute donation universelle et à titre universelle entre vifs. Qui plus est, si la donation universelle ou à titre universel était faite par contrat de mariage, le donateur avait le pouvoir d'imposer au donataire l'obligation d'acquitter ses dettes futures, même indéterminées<sup>95</sup>. Il avait également la possibilité de diminuer

---

<sup>94</sup> C.c.B.C., art. 782, 783 et 824. Voir Roger COMTOIS, *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1968, p. 151 ; J.-Émile BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien, Donations et Testaments*, Montréal, Excelsior, 1933, p. 707 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 259. *Contra* : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 199.

<sup>95</sup> C.c.B.C., art. 784 al. 2. Voir également C.c.B.C., art. 826 à 828.

l'obligation aux dettes et même d'en dispenser totalement le donataire<sup>96</sup>. On se souviendra qu'en vertu du droit commun des donations universelles et à titre universel entre vifs, le donataire ne pouvait légalement être tenu qu'aux dettes présentes du donateur<sup>97</sup>.

Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, il n'est plus permis de faire des donations universelles ou à titre universelle entre vifs, que ce soit aux termes d'un acte ordinaire ou d'un contrat de mariage. Seule la donation à titre particulier est valide<sup>98</sup>. En outre, dans toute donation entre vifs, le donateur n'a plus le droit d'imposer au donataire l'obligation d'acquitter des dettes ou des charges autres que celles qui existaient lors de la donation, à moins que la nature de ces autres dettes ou charges n'ait été exprimée au contrat et que leur montant n'y soit déterminé<sup>99</sup>. Aux dires du ministre de la justice, rien ne paraissait justifier, à cet égard, le maintien de l'exception du droit antérieur en matière de donations par contrat de mariage<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> C.c.B.C., art. 800, al. 1. Les créanciers présents à l'époque de la donation auraient pu demander l'annulation de la donation en prouvant simplement l'insolvabilité du donateur lors de la donation. Voir C.c.B.C., art. 803. Voir également *Treacey c. Liggett*, [1882-84] 9 S.C.R. 441 ; *Coupal c. Piché*, [1939] 45 R.L.N.s. 453 (C.S.).

<sup>97</sup> C.c.B.C., art. 797 et 799. Voir aussi art. 800 et 784.

<sup>98</sup> C.c.Q., art. 1823.

<sup>99</sup> C.c.Q., art. 1821.

<sup>100</sup> *Commentaires du Ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1143.

Enfin, depuis le 1<sup>er</sup> décembre 1982, le législateur accorde au tribunal appelé à prononcer le divorce ou la séparation de corps des conjoints<sup>101</sup> le pouvoir de déclarer caduques ou réduire les donations entre vifs consenties entre époux ou aux époux en considération du mariage ou ordonner que leur paiement soit différé pour un temps qu'il détermine, en tenant compte des circonstances dans lesquelles se trouvent les parties<sup>102</sup>.

Notons qu'à compter de 1969, le tribunal pouvait, lors du divorce ou de la séparation et à son entière discrétion, réduire une donation exigible, en différer le paiement ou la déclarer forfaite. Il pouvait également, en tenant compte de circonstances déterminées, déclarer caduque toute donation non encore exigible<sup>103</sup>.

Avant 1969, seule l'hypothèse de la séparation de corps était envisagée dans la loi. Essentiellement, le législateur accordait à la

---

<sup>101</sup> Notons que le jugement de nullité entraîne l'annulation des donations entre vifs consenties à l'époux de mauvaise foi en considération du mariage : C.c.Q., art. 386. Quant à l'époux de bonne foi, il a droit aux donations qui lui ont été consenties, sous réserve du pouvoir du tribunal d'en décider autrement suivant les modalités prévues à l'article 385 C.c.Q.

<sup>102</sup> C.c.Q., art. 510 et 520 : (ces articles - autrefois les articles 532 et 558 - étaient entrés en vigueur suite à la proclamation du 6 octobre 1982 : Proclamation, (1982) 114 G.O. II 4153). Pour un aperçu des motifs justifiant le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans un sens ou dans l'autre, voir Pierre CIOTOLA, *Le sort des donations par contrat de mariage en cas de divorce ou de séparation de corps*, dans *Chambre des Notaires du Québec. Répertoire de droit*, « Famille », Doctrine - Document 7, Montréal, 1991, p. 12 ainsi que les autorités citées par l'auteur aux notes 13b et suivantes.

<sup>103</sup> C.c.B.C., art. 208 al. 2, tel que modifié par l'article 12 de la *Loi modifiant le Code civil* (L.Q. 1969, c. 74).

femme le droit d'exiger les donations faites en sa faveur dans le contrat de mariage, sauf les gains de survie, à moins que le tribunal ne les ait déclaré caduques pour cause d'adultère<sup>104</sup>.

Pour contrer le pouvoir discrétionnaire du tribunal, les conjoints ont toujours la possibilité d'assortir les donations de clauses résolutoires prenant effet lors du divorce ou la séparation de corps<sup>105</sup>. Ainsi, une donation entre vifs stipulée sous condition résolutoire d'une rupture sera rétroactivement anéantie par le prononcé du jugement. Le tribunal ne pourra que constater la réalisation de la condition, sans pouvoir exercer quelque pouvoir discrétionnaire que ce soit<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> C.c.B.C., art. 208 al. 2.

<sup>105</sup> Tel que susdit, ces clauses ne sont plus considérées comme étant contraire à l'ordre public. Elles sont assimilées à des conditions résolutoires mixtes ou simplement potestatives. Dans l'arrêt *Droit de la famille-1739*, [1993] R.J.Q. 663 (C.A.), la Cour d'appel a d'ailleurs déclaré : «[l]a décision de rompre un mariage ne constitue pas un acte de volonté pur d'une partie. Elle découle, même lorsqu'on ne prétend pas à la faute des parties, des actes et expériences de toute une vie commune. Fort souvent, la décision résulte de l'interaction des comportements de chacun des conjoints. Même si la décision peut être prise à l'initiative d'une seule partie et si la loi actuelle n'exige pas la démonstration d'une faute, elle ne constitue pas un acte purement discrétionnaire ni une condition potestative au sens que le droit des obligations donne à ce terme».

<sup>106</sup> Au contraire, la donation peut également être assortie d'une clause de déchéance du terme en cas de rupture, de sorte à ce que la donation devienne immédiatement exigible lors d'un divorce ou d'une séparation de corps. Il faut bien préciser qu'une telle clause ne compromet en rien le pouvoir discrétionnaire du tribunal de déclarer caduque ou réduire la donation ou d'en différer le paiement. Voir Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 43.

### 3) Les règles spécifiques aux donations à cause de mort

Outre les donations entre vifs, le contrat de mariage peut comporter des donations à cause de mort, également appelées donations de biens à venir<sup>107</sup>. Le professeur Roger Comtois en fournit la définition suivante :

«La donation à cause de mort permise en contrat de mariage est une disposition faite à titre gratuit, purement et simplement ou conditionnellement, par laquelle l'un des futurs époux ou un parent, dans les cas où cela est permis, dispose de la totalité, d'une quote-part ou d'un bien particulier de sa succession, pour prendre effet au jour de son décès.»<sup>108</sup>

Mesure d'exception exorbitante, la donation à cause de mort constitue, outre le testament, le seul moyen de disposer de ses biens en cas de décès<sup>109</sup>.

Avant l'introduction du nouveau *Code civil du Québec* le 1<sup>er</sup> janvier 1994, la donation à cause de mort était irrévocable, sauf stipulation contraire. De ce fait, le donateur ne pouvait plus disposer à titre

---

<sup>107</sup> C.c.Q., art. 1839.

<sup>108</sup> Voir Roger COMTOIS, *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1968, p. 18. Voir également *Anglos c. Rochon*, [1977] C.A. 304.

<sup>109</sup> *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 234 ; Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec - Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 1226.

gratuit des biens faisant l'objet de la donation, par acte entre vifs ou par testament, à moins d'avoir obtenu le consentement du donataire et de tous les autres intéressés ou qu'il ne s'agisse de biens de peu de valeur ou de cadeaux d'usage<sup>110</sup>. Comme l'affirmait Mignault, la donation à cause de mort constituait donc un legs contractuel, un moyen terme entre la donation entre vifs et le testament<sup>111</sup>. On y voyait également une exception au principe de la prohibition des pactes sur les successions futures<sup>112</sup>.

Dans le contexte d'autrefois, l'irrévocabilité de la donation à cause de mort apparaissait justifiée. Dépendant l'un de l'autre sur le plan économique, les époux auraient hésité à assumer les charges résultant du mariage sur la foi d'une disposition essentiellement révocable<sup>113</sup>.

À l'occasion de la réforme du Code civil de 1994, le législateur a

---

<sup>110</sup> C.c.B.C. art. 823. Voir *Martin c. Prévost*, [1971] C.A. 39 ; *Cléroux c. Cléroux*, [1946] C.S. 198 ; Pierre CIOTOLA, *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 6, Montréal, 1991, p. 54 et suiv.

<sup>111</sup> Pierre Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 211.

<sup>112</sup> C.c.B.C., art. 658 et 1061. Voir à ce sujet Générosa BRAS MIRANDA, *La prohibition des pactes sur succession future*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, p. 52 et suiv.

<sup>113</sup> Germain BRIÈRE, *Donation, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, p. 196. Voir également Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 211 et Générosa BRAS MIRANDA, *La prohibition des pactes sur succession future*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, p. 240.

renversé la règle de l'irrévocabilité. Désormais, la donation à cause de mort, même faite à titre particulier, est révocable. En ce sens, elle participe de la nature d'une disposition testamentaire<sup>114</sup>. Il est toutefois possible de la stipuler irrévocable dans le contrat de mariage<sup>115</sup>.

Les personnes autorisées à se consentir des donations à cause de mort par contrat de mariage sont clairement identifiées par le législateur. Une fois de plus, les règles du nouveau et de l'ancien droit diffèrent quelque peu à cet égard.

Sous le *Code civil du Bas Canada*, toute personne<sup>116</sup> pouvait faire une

---

<sup>114</sup> C.c.Q., art. 613 al. 2 et 1841. Dans ses commentaires portant sur cette dernière disposition, le Ministre de la justice écrit : «[l]e principe adopté à l'alinéa premier, contrairement au droit antérieur, rejoint la solution applicable aux dispositions testamentaires, dont les donations à cause de mort participent. Il a également paru correspondre davantage aux réalités modernes, où les mariages ne sont plus aussi stables qu'au temps de la codification de 1866 et où l'on a recours plus fréquemment, aussi, à la mutabilité des régimes matrimoniaux [...]» : *Commentaires du Ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1156. Voir également Générosa BRAS MIRANDA, *La prohibition des pactes sur succession future*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, pp. 240-241.

<sup>115</sup> C.c.Q., art. 1841. L'article 106 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c. 57) prévoit que les dispositions de l'article 1841 du nouveau Code sont applicables aux donations à cause de mort faites avant son entrée en vigueur, dans la mesure où elles n'ont pas encore été exécutées au jour de leur entrée en vigueur. Sur la portée de cette disposition, voir *Dubuc (Succession de) c. Sévigny*, J.E. 2000-17 (C.A.).

<sup>116</sup> Bien qu'ils aient été, en principe, incapables de tester en vertu des articles 833 et 834 C.c.B.C., le mineur et l'interdit autorisés à passer une convention matrimoniale pouvaient également faire une donation à cause de mort dans leur contrat de mariage.

donation à cause de mort aux conjoints ou à leurs enfants à naître<sup>117</sup>. En outre, les ascendants d'un époux pouvaient faire telle donation aux frères ou soeurs de cet époux, mais à la condition que l'époux en question soit lui-même avantagé par ces dispositions<sup>118</sup>.

Dans le cas d'une donation faite à l'un des époux par un tiers, les enfants à naître conservaient le bénéfice de la donation dans l'hypothèse du prédécès de leur auteur, sauf stipulation contraire<sup>119</sup>. Cette présomption, on l'aura constaté, ne s'appliquait que dans les donations faites par les ascendants, les autres parents ou les étrangers, et non aux donations d'un époux à l'autre. Ainsi, les donations à cause de mort qu'un époux consentait à l'autre devenaient caduques par le prédécès de l'époux donataire, à moins que les enfants n'aient été expressément substitués à ce dernier dans le contrat de mariage<sup>120</sup>.

Sous le nouveau Code civil, la liste des personnes susceptibles

---

<sup>117</sup> En signant le contrat de mariage, les époux acceptaient tacitement les donations faites en faveur des enfants à naître : C.c.B.C., art. 788 al. 2 et 821.

<sup>118</sup> C.c.B.C., art. 820. On appelait cette donation à cause de mort «clause de démission» ou «clause d'association» : Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 32.

<sup>119</sup> C.c.B.C., art. 829. Pour hériter aux termes de telle substitution vulgaire, les enfants devaient exister au moment de l'ouverture de la donation.

<sup>120</sup> *Marceau c. Tassé*, (1918) 53 C.S. 425. Voir aussi Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 213.



d'être parties à une donation à cause de mort a été légèrement modifiée. Seuls les époux, leurs enfants respectifs et leurs enfants communs nés peuvent être donateurs<sup>121</sup>. Les mêmes personnes, de même que les enfants à naître du couple, peuvent être donataires.

Le rétrécissement du cercle des donateurs dans une donation à cause de mort est conforme à la pratique des dernières décennies. Rares sont les contrats de mariage où l'on retrouvait des donations à cause de mort faites par d'autres personnes que les conjoints eux-mêmes<sup>122</sup>. En fait, par la réforme, le législateur reconnaît le caractère plus intime de ces conventions<sup>123</sup>.

Par ailleurs, l'ancien droit prévoyait expressément la possibilité d'établir dans le contrat de mariage une institution contractuelle cumulative de biens présents et de biens à venir<sup>124</sup>. La donation

---

<sup>121</sup> Encore une fois, il faut noter qu'un mineur et une personne majeure inapte sous tutelle, dotée d'un conseiller et, à certaines conditions, représentée par le mandataire désigné dans un mandat donné en prévision de son inaptitude, ont la possibilité de faire une donation à cause de mort dans leur contrat de mariage, si tant est qu'ils ont reçu les autorisations nécessaires pour passer une convention matrimoniale. *Supra*, §2, section 1, chapitre 2, partie 1.

<sup>122</sup> Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 37.

<sup>123</sup> Denis VINCELETTE, «La donation dans la réforme du Code civil», dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 433, à la page 449.

<sup>124</sup> C.c.B.C., art. 827.

cumulative se distinguait essentiellement de la donation à cause de mort par les options pouvant être exercées par le donataire au décès du donateur. Dans la donation à cause de mort, le donataire ne peut qu'accepter ou répudier la donation pour le tout. Dans la donation cumulative, au contraire, le donataire pouvait s'en tenir aux biens présents, c'est-à-dire ceux existant au jour de la donation, et répudier la donation quant au reste. En acceptant la donation de biens présents seulement, le donataire n'était tenu qu'aux dettes qui existaient au jour de la donation. Si, au contraire, le donataire acceptait la donation toute entière, celle-ci demeurait ce qu'elle était à l'origine, une donation de biens à venir ou à cause de mort.

En somme, la donation cumulative n'était qu'un don de succession permettant au donataire de prendre la succession dans l'état où elle se serait trouvée si le donateur était mort au moment même de la donation<sup>125</sup>. Le nouveau Code civil n'a pas reconduit cette prérogative.

Par ailleurs, le *Code civil du Bas Canada* permettait aux conjoints de convenir de pactes sur les successions futures et de renoncer à une succession non ouverte dans leur contrat de mariage, à l'occasion des donations à cause de mort y stipulées<sup>126</sup>. Ainsi, un époux

---

<sup>125</sup> Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal Théorêt, 1899, pp. 226-227 et *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 266.

<sup>126</sup> C.c.B.C., art. 658, 1061 et 1257.

acceptait parfois de donner certains biens à cause de mort à son conjoint, mais exigeait que ce dernier renonce dans le contrat de mariage à recueillir sa succession. On retrouvait également des clauses aux termes desquelles les époux renonçaient réciproquement à la succession l'un de l'autre dans l'éventualité de décès simultanés ou très rapprochés, de manière à éliminer les problèmes engendrés par l'ancienne théorie des comourants et à éviter que leurs biens respectifs ne passent pas, en tout ou en partie, dans la famille de l'autre<sup>127</sup>. Cette particularité exorbitante du droit commun a été abrogée lors de la réforme du droit de la famille de 1980<sup>128</sup>.

Enfin, tout comme pour les donations entre vifs, le législateur attribue à la séparation de corps et au divorce des conjoints certains effets sur les donations à cause de mort<sup>129</sup>. Depuis 1982, le tribunal appelé à prononcer la séparation de corps a le pouvoir de déclarer caduques ou réduire les donations à cause de mort

---

<sup>127</sup> Sur le sujet, voir Michel POISSON et Roger COMTOIS, «Correspondance : Institution contractuelle et décès simultané», (1972-73) 75 *R. du N.* 198. Voir également Roger COMTOIS, «Jurisprudence. Les comourants survivent!» (1964-65) 67 *R. du N.* 472 ; Donat DEMERS, «Le problème des comourants», (1969-70) 72 *R. du N.* 483 ; Roger COMTOIS, «Jurisprudence. Présomptions de survie et successions testamentaires - Reprise de la controverse», (1976-77) 79 *R. du N.* 499.

<sup>128</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 31 et 43. Voir à ce sujet les explications fournies dans Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 78.

<sup>129</sup> Notons que la nullité du mariage entraîne l'annulation des donations à cause de mort qu'un époux a consenti à l'autre en considération du mariage : C.c.Q., art. 386 al.2.

consenties entre époux ou aux époux en considération du mariage<sup>130</sup>. Les autres donations à cause de mort demeurent quant à elles valides.

S'il s'agit plutôt d'un divorce, on doit distinguer selon le type de donations à cause de mort. Toute donation à cause de mort qu'un époux aurait consenti à l'autre en considération du mariage est automatiquement caduque par le seul prononcé du jugement. Quant aux autres, elles demeurent en principe valides, mais le tribunal conserve le pouvoir de les déclarer caduques ou de les réduire<sup>131</sup>.

Entre 1969 et 1982, la séparation de corps et le divorce n'entraînaient ni l'une ni l'autre la caducité automatique des donations à cause de mort, mais le tribunal appelé à prononcer le jugement avait le pouvoir de les déclarer forfaites en prenant en considération l'état et la condition des parties, leur situation lors de la signature du contrat de mariage, les circonstances de sa conclusion, la gravité des torts de l'un des époux envers l'autre ainsi que toute autre circonstance<sup>132</sup>. Avant 1969, seule l'hypothèse de la séparation de corps était prévue. Or, celle-ci n'avait, semble-t-il,

---

<sup>130</sup> C.c.Q., art. 510.

<sup>131</sup> C.c.Q., art. 519 et 520.

<sup>132</sup> C.c.B.C., art. 208 al. 3, tel que modifié par l'article 12 de la *Loi modifiant le Code civil* (L.Q. 1969, c. 74).

aucun effet sur les donations à cause de mort<sup>133</sup>.

Ici encore, les conjoints ont la possibilité de contrer le pouvoir discrétionnaire du tribunal en stipulant les donations à cause de mort révocables par le prononcé d'un jugement de divorce ou la séparation de corps<sup>134</sup>.

## **B. Analyse socio-juridique**

Au-delà des explications sommaires que nous avons accessoirement dégagées dans les pages précédentes, la popularité des donations entre vifs et à cause de mort dans les anciens contrats de mariage peut s'expliquer par des facteurs socio-juridiques relativement précis. Nous nous proposons maintenant d'identifier et d'analyser ces facteurs. Ainsi, pourrions-nous comprendre ce pourquoi des dispositions dont la pertinence était autrefois incontestable semblent aujourd'hui avoir perdu toute utilité aux yeux des conjoints ou à tout le moins, ne soient plus en mesure de justifier à elles-seules la signature d'un contrat de mariage.

---

<sup>133</sup> C.c.B.C., art. 208 al. 2. Cette disposition ne traitait pas directement de donations à cause de mort, mais de gains de survie. Selon la doctrine, cette expression générique incluait néanmoins la donation à cause de mort : *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 27.

<sup>134</sup> Comme susdit, ces clauses ne sont plus considérées comme étant contraires à l'ordre public. Elles sont assimilées à des conditions résolutoires mixtes ou simplement potestatives.

## 1) Les donations entre vifs

Il n'y pas si longtemps, la très grande majorité des contrats de mariage comportaient des donations entre vifs par le mari en faveur de son épouse. Ces donations représentaient généralement le complément du régime matrimonial de la séparation de biens. La femme séparée de biens ne pouvant prétendre aux bénéfices accumulés grâce au travail de son époux, il apparaissait légitime qu'elle puisse au moins recevoir de lui certaines valeurs susceptibles de rétablir l'équilibre patrimonial.

Plus souvent qu'autrement, le mari faisait donation à sa femme des meubles affectés à l'usage du ménage, tant ceux qu'il possédait lors du mariage que ceux qu'il s'engageait à acquérir durant le mariage<sup>135</sup>. Règle générale, le mari faisait également donation d'une somme d'argent, payable dès l'exécution du contrat de mariage, à l'intérieur d'un certain délai à compter de la date de la célébration du mariage ou au temps et à l'époque qu'il jugerait lui-même

---

<sup>135</sup> Serge BINETTE, «Le contrat de mariage depuis le nouveau Code civil du Québec», (1981) 1 *C.P. du N.* 107, 113 ; Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 59 ; Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 175 ; Paul LACQUERRE, «Les conventions matrimoniales», dans Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, module 4, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Montréal, Adage, 1995, p. 22. Voir également Michèle RIVET, «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970», (1974) 15 *C. de D.* 613, 635.

opportuns<sup>136</sup>.

Or, comme en témoignent les injustices mises au jour dans les années '70 et '80 par le divorce des conjoints séparés de biens, les donations entre vifs n'ont pas permis d'équilibrer les patrimoines conjugaux. Tant leur finalité que leur objet se sont avérés problématiques.

Contrairement au régime de la communauté de biens qui, en permettant à la femme de participer aux bénéfices accumulés par le mari, reconnaissait la valeur économique de son travail au foyer, la donation entre vifs était fondamentalement perçue comme un cadeau<sup>137</sup>. Comme l'écrit le professeur Comtois, les donations étaient, à leur face même, imprégnées de gratuité et motivées par l'*animus donandi* propre aux libéralités. En ce sens, elles ne reconnaissaient pas à l'épouse un véritable rôle de partenaire dans

---

<sup>136</sup> Souvent, on prévoyait comme délai ultime le décès de l'époux donateur : voir Serge BINETTE, «Le contrat de mariage depuis le nouveau Code civil du Québec», (1981) 1 *C.P. du N.* 107, 114, ; Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, pp. 60-61 ; Paul LACQUERRE, «Les conventions matrimoniales», dans Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, module 4, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Montréal, Adage, 1995, p. 22. Voir également Michèle RIVEST, «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970», (1974) 15 *C. de D.* 613, 635.

<sup>137</sup> Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 335.

la société conjugale<sup>138</sup>.

En outre, les donations entre vifs n'avaient pas la flexibilité et la souplesse d'un régime matrimonial<sup>139</sup>. Ainsi, le montant fixé lors du mariage pouvait ne plus correspondre à la réalité du couple dix ou vingt ans plus tard. Que signifiait une donation de cinq mille dollars ou d'un mobilier rudimentaire lorsqu'au jour de la rupture, le patrimoine du donateur s'évaluait en centaines de milliers de dollars? À l'inverse, une donation de deux milles dollars pouvait constituer un fardeau disproportionné si le donateur s'était appauvri durant le mariage et n'avait plus un sous au jour de la dissolution.

Finalement, la possibilité de stipuler les donations par contrat de mariage révocables à l'entière discrétion du donateur ou sous condition résolutoire d'un divorce ou d'une séparation de corps pouvait s'avérer fatale à l'épouse et la placer en situation de dépendance.

Une autre raison pouvait expliquer la présence de donations entre vifs dans le contrat de mariage des époux, et ce, quel que soit le régime matrimonial établi. En faisant donation d'un bien, l'époux donateur avait la possibilité de le rendre insaisissable entre les

---

<sup>138</sup> Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal. Le Recueil de droit et de jurisprudence. 1964, p. 335. Voir aussi Gaétan VALOIS, «Contrat de mariage à régimes alternatifs», (1948) 51 *R. du N.* 59.

<sup>139</sup> Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal. Le Recueil de droit et de jurisprudence. 1964, p. 335.



main de l'époux donataire<sup>140</sup>. Ainsi, la famille pouvait-elle bénéficier d'une certaine sécurité économique, les biens ou sommes donnés étant à l'abri des poursuites pouvant être intentées par les créanciers du mari et soustraits d'une éventuelle faillite<sup>141</sup>.

À cet égard, rappelons que l'insaisissabilité des biens donnés pouvait et peut toujours être stipulée dans tout acte de donation. Elle n'est cependant parfaite qu'à l'égard des créanciers du donataire dont la créance a pris naissance avant la donation. Avec la permission du juge et pour la proportion qu'il détermine, les créanciers postérieurs peuvent toujours saisir les biens donnés<sup>142</sup>. Par ailleurs, l'insaisissabilité n'a aucun effet vis-à-vis les créanciers alimentaires, lesquels peuvent saisir sans la permission du tribunal et sans égard à la date de naissance de leur créance. En outre, il était et est toujours possible de donner des biens à titre d'aliments. Dans ce cas, l'insaisissabilité est parfaite à l'égard de tous les créanciers du donataire, qu'ils soient antérieurs ou

---

<sup>140</sup> C.p.c., art. 553(3). Notons que cette possibilité existait non seulement pour les conjoints optant pour la séparation de biens, mais également pour ceux qui établissaient une communauté conventionnelle : voir Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 328.

<sup>141</sup> Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales depuis la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 175 ; voir également Serge BINETTE, «Le contrat de mariage depuis le nouveau Code civil du Québec», (1981) 1 *C.P. du N.* 107, 113 et Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 59. En matière de faillite, voir *Loi sur la faillite*, (L.R.C. 1985, c. B-3), art. 91 et 92.

<sup>142</sup> C.p.c., art. 553(3).

postérieurs à la donation<sup>143</sup>.

Bien que le droit québécois ait toujours autorisé les stipulations d'insaisissabilité dans tout acte de donation, il faut bien se rappeler qu'avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, les conjoints ne pouvaient se consentir de libéralités qu'avant la date du mariage. En effet, l'ancien droit prohibait toute donation entre eux une fois le mariage célébré<sup>144</sup>. Le contrat de mariage fait quelques jours ou quelques semaines avant la date du mariage a donc longtemps représenté une occasion unique pour les conjoints de se transférer des actifs, sous condition d'insaisissabilité.

Qu'en est-il, désormais, des raisons qui justifiaient autrefois la stipulation de donations entre vifs entre époux dans le contrat de mariage? Tout d'abord, l'objectif d'équilibre économique que poursuivaient la majorité des libéralités faites dans les contrats de mariage en séparation de biens ne semble plus pertinent aux rares conjoints qui, aujourd'hui encore, optent pour le régime séparatiste.

De plus en plus, les deux époux ont une activité économique à l'extérieur du foyer, ce qui leur permet d'atteindre une certaine

---

<sup>143</sup> Voir Pierre CIOTOLA, «La saisissabilité des biens donnés ou légués à titre insaisissable», (1974-75) 77 *R. du N.* 499, 516-517.

<sup>144</sup> C.c.B.C., art. 1265. Cet article a été modifié par l'article 27 de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77. *Infra*, §2, section 2, chapitre 3, partie 1.

autonomie financière<sup>145</sup>. Dans une telle perspective, les époux ne voient guère l'utilité de se consentir des donations destinées à équilibrer leurs patrimoines respectifs<sup>146</sup>.

Soit, en quittant son emploi de façon temporaire ou permanente pour prendre soin des enfants du couple ou pour toute autre raison, l'un d'eux pourrait éventuellement subir un désavantage économique. Comme nous le verrons, les conjoints soucieux de prévenir tel désavantage auront toujours la possibilité de prévoir, dans leur contrat de mariage, l'établissement d'une indemnité calculée selon certaines modalités. Il ne s'agira pas, alors, d'une libéralité, mais d'une véritable compensation destinée à réparer un préjudice économique subi en raison du mariage ou de sa rupture<sup>147</sup>.

Quant aux couples séparés de biens dont l'un des membres ne travaille pas à l'extérieur du foyer ou dont la seule activité économique ne lui permet pas d'atteindre l'indépendance financière,

---

<sup>145</sup> Déjà, en 1976, certains s'interrogeaient sur l'utilité de tels transferts : «[...] le contexte social et familial n'oblige-t-il pas à remettre en cause ces libéralités conçues généralement au profit exclusif de l'épouse? Celle-ci quitte le foyer conjugal et recherche son épanouissement personnel et son indépendance économique sur le marché du travail. Ce n'est que pour des circonstances exceptionnelles que ces libéralités devraient être stipulées au contrat de mariage.» : Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales depuis la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 180.

<sup>146</sup> Pierre CIOTOLA, *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 6, Montréal, 1991, p. 33.2.

<sup>147</sup> *Infra*, item C, §2, section 3, chapitre 3, partie 3.

ils peuvent désormais compter sur le partage du patrimoine familial. Vu l'application de ce mécanisme de partage égalitaire des valeurs, les conjoints considèrent généralement inutile d'envisager toute autre forme de redistribution<sup>148</sup>.

De même, aux termes des dispositions régissant la prestation compensatoire, un époux qui, par son travail ou autrement, contribue à enrichir le patrimoine de l'autre, a le droit d'obtenir une indemnité susceptible de rétablir un certain équilibre financier<sup>149</sup>. Et le tribunal peut désormais, lors de la séparation de corps ou de la dissolution du mariage, attribuer à l'un des époux ou au survivant, la propriété ou l'usage des meubles de son conjoint, qui servent à l'usage du ménage<sup>150</sup>. Indéniablement, ces mesures d'équité assurent une certaine protection au conjoint démuni et réduisent considérablement l'utilité des donations entre vifs par contrat de

---

<sup>148</sup> Il importe de noter que la jurisprudence et la doctrine considèrent maintenant que les biens qu'un conjoint acquiert par donation de l'autre conjoint, par contrat de mariage ou autrement, ne sont pas exclus du patrimoine familial. La thèse inverse aurait pour effet de permettre indirectement aux conjoints de soustraire certains biens à une mesure impérative. Voir *Droit de la famille-1463*, [1991] R.J.Q. 2514, 2517 (C.A.). Voir également Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, «Droit actuel et nouveau droit : le point sur le patrimoine familial, la société d'acquêts et les conventions matrimoniales», (1992) 2 *C.P. du N.* 1, 28-31 et Jean-Pierre SENEAL, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 45.

<sup>149</sup> *Supra*, §2, section 1, chapitre 1, partie 1.

<sup>150</sup> *Supra*, §2, section 1, chapitre 1, partie 1.

mariage<sup>151</sup>.

Par ailleurs, l'objectif rattaché à l'insaisissabilité des biens donnés demeure toujours d'actualité, mais il ne peut plus, désormais, justifier à lui seul le recours au contrat de mariage<sup>152</sup>. Depuis la levée de l'interdiction pour les conjoints de se consentir des libéralités entre vifs par acte de donation durant le mariage<sup>153</sup>, le contrat de mariage ne constitue plus le seul véhicule utile à cet égard<sup>154</sup>.

Aussi, les conjoints qui veulent à tout prix se prévaloir d'une telle précaution, avant ou durant le mariage, ont généralement recours à l'acte de donation plutôt qu'au contrat de mariage, à moins qu'ils ne

---

<sup>151</sup> Pierre CIOTOLA, *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 6, Montréal, 1991, pp. 45-46.

<sup>152</sup> Notons que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994, les stipulations d'insaisissabilité dans les actes à titre gratuit doivent être temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Elles doivent également être publiées au registre approprié pour être opposables aux tiers : C.c.Q., art. 2649.

<sup>153</sup> C.c.B.C., art. 770, abrogé par la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q., 1969, c. 77, art. 16 ; C.c.B.C., art. 1265 al. 2, amendé par la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q., 1969, c. 77, art. 27 et abrogé par la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q., 1980, c. 39, art. 45. *Infra*, §2, section 2, chapitre 3, partie 1.

<sup>154</sup> Voir Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 62. Voir également Pierre CIOTOLA, *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 6, Montréal, 1991, p. 45.

souhaitent établir un régime matrimonial conventionnel, auquel cas ils profiteront peut-être du contrat de mariage pour y réunir toutes leurs stipulations.

En somme, les donations entre vifs par contrat de mariage sont presque tombées en désuétude. Le législateur ne les considère plus assez importantes pour leur donner un statut particulier, tandis que les juristes et les conjoints trouvent de moins en moins de raisons pour justifier leur présence dans le contrat de mariage<sup>155</sup>.

## **2) Les donations à cause de mort**

La grande majorité des contrats de mariage que signaient autrefois les conjoints contenaient des donations à cause de mort<sup>156</sup>. Règle générale, les conjoints se consentaient une donation mutuelle et réciproque à cause de mort de l'universalité de leurs biens, avec représentation en faveur de leurs enfants à naître, en cas de prédécès du conjoint héritier ou de décès simultanés<sup>157</sup>. Dans cette

---

<sup>155</sup> Paul LACQUERRE, «Les conventions matrimoniales», dans Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, module 4, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Montréal, Adage, 1995, p. 8. Voir aussi Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, pp. 62 et 66.

<sup>156</sup> Voir d'ailleurs Michèle RIVET, «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970», (1974) 15 *C. de D.* 613, 635.

<sup>157</sup> Voir Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, pp. 37-40.

dernière hypothèse, chacun des époux renonçait par anticipation à la succession de l'autre de manière à éviter l'application des anciennes présomptions de survie<sup>158</sup>.

Cette stipulation, communément appelée «clause au dernier vivant les biens» ou «institution contractuelle», évitait aux conjoints de faire un testament dans lequel ils seraient mutuellement avantagés. Bien sûr, certains couples ne pouvaient se satisfaire du contrat de mariage pour organiser la dévolution de leur succession, leur situation personnelle et financière nécessitant certains aménagements particuliers. En effet, le contrat de mariage ne constituait pas le véhicule approprié pour établir une véritable planification testamentaire. Les conjoints y étaient limités tant en termes de choix de bénéficiaires<sup>159</sup>, qu'en termes de modalités

---

<sup>158</sup> Comme susdit, le droit des conjoints de renoncer à une succession non ouverte par contrat de mariage a été aboli en 1981, aux termes des articles 26 et 28 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (L.Q. 1980, c. 39). À cette occasion, le législateur a éliminé les présomptions de survie (C.c.B.C., art. 603 à 605) au profit d'une présomption de décès simultanés lorsque deux personnes appelées à la succession l'une de l'autre décèdent sans qu'il soit possible de déterminer laquelle des deux est décédée la première (C.c.B.C., art. 603). À noter que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994, il suffit que l'une des personnes soit appelée à la succession de l'autre pour que la présomption de décès simultanés puisse trouver application : C.c.Q., art. 616. Voir généralement Serge BINETTE, «Le contrat de mariage depuis le nouveau Code civil du Québec», (1981) 1 *C.P. du N.* 107, 115 ; Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 62 et Germain BRIÈRE, *Les successions*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, pp. 75-78.

<sup>159</sup> Voir d'ailleurs *Tassé c. Goyer*, (1915) 47 C.S. 424 et *Dufort c. Dufort*, (1925) 39 B.R. 56 ; Pierre CIOTOLA, *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 6, Montréal, 1991, pp. 63-64.

attachées à la dévolution des biens.

Ainsi, l'ampleur du patrimoine d'un conjoint, le souhait de transmettre certains biens à des personnes autres que celles autorisées par le législateur à recevoir une donation à cause de mort et les modalités ou restrictions dont on voulait assortir la dévolution des biens pouvaient justifier que l'on opte pour le testament dont les possibilités s'avéraient beaucoup plus grandes.

Aujourd'hui, les couples qui signent un contrat de mariage dans le but d'établir un régime matrimonial conventionnel se prévalent généralement du droit de se céder mutuellement leurs biens en cas de décès aux termes d'une institution contractuelle<sup>160</sup>.

Cela dit, les conjoints qui ne veulent pas établir de régime conventionnel mais qui souhaitent tout au moins régler la transmission de leurs biens lors de leur décès ne signeront pas de contrat de mariage à cette seule fin. Ils opteront plutôt pour une planification testamentaire en bonne et due forme.

Cependant, le fait qu'une donation à cause de mort contenue dans un contrat de mariage puisse être stipulée irrévocable constitue parfois un avantage majeur par rapport au testament, lequel demeure

---

<sup>160</sup> Voir Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, «Droit actuel et nouveau droit : le point sur le patrimoine familial, la société d'acquêts et les conventions matrimoniales», (1992) 2 *C.P. du N.* 1, 54.



révocable en tout temps<sup>161</sup>. En effet, le bénéficiaire d'une donation à cause de mort irrévocable jouit d'une grande sécurité, sachant à l'avance que le donateur ne pourra révoquer ou changer le contenu de la donation sans son consentement. Cette particularité propre aux donations à cause de mort peut donc, dans certaines circonstances, justifier à elle seule le recours au contrat de mariage.

Ainsi, la donation à cause de mort a-t-elle connu un regain de popularité suite à l'entrée en vigueur du patrimoine familial en 1989. En effet, plusieurs couples ont jugé utile, afin de contrer les effets d'une hypothétique transmissibilité du droit de créance résultant du partage du patrimoine familial en cas de décès, de s'en faire mutuellement donation à cause de mort, à titre irrévocable, dans le contrat de mariage. Un exemple permettra sans doute de bien comprendre la problématique :

Monsieur et Madame se marient en secondes noces en 1985. Monsieur décède aujourd'hui en laissant un testament aux termes duquel il lègue la totalité de ses biens à ses deux fils, issus d'un premier mariage. Les biens qui composent le patrimoine familial appartiennent tous à Madame. Leur valeur partageable, établie conformément à la loi, s'élève à la somme de 150 000\$.

Si le mariage avait été dissout par une cause autre que le décès d'un conjoint, Monsieur aurait eu le droit de réclamer une somme de 75

---

<sup>161</sup> C.c.Q., art. 704.

000\$ à Madame, représentant la moitié de la valeur partageable des biens du patrimoine familial. Le mariage étant plutôt dissout par le décès de Monsieur, certains prétendent que ses héritiers, en l'occurrence ses deux fils, pourraient également réclamer cette somme à la conjointe survivante, compte tenu du caractère transmissible qu'ils attribuent au droit résultant du partage du patrimoine familial<sup>162</sup>.

Dans le but de se prémunir contre les conséquences parfois désastreuses pour le conjoint survivant de la transmissibilité d'un tel droit<sup>163</sup> et afin d'éliminer toute forme d'incertitude à cet égard, certains conseillent donc aux conjoints de se consentir une donation à cause de mort mutuelle et réciproque, à *titre irrévocable*, de tout droit pouvant résulter du partage du patrimoine familial. Ainsi, chacun d'eux obtiendra l'assurance qu'advenant le décès de l'autre, il ne pourra se voir dépouillé par testament ou autrement, d'une partie de la valeur des biens dont il est propriétaire et qui sont inclus dans

---

<sup>162</sup> Pour un exposé de la problématique et un résumé des arguments invoqués au soutien de la transmissibilité et de l'intransmissibilité du droit résultant du partage, voir Alain ROY, «Problématiques en matière de patrimoine familial et fonctions préventives du contrat de mariage», (1996) 1 *C.P. du N.* 161, 163-166. Tout comme la doctrine, la jurisprudence est divisée sur la question : à l'appui de l'intransmissibilité, voir *Droit de la famille-2084*, [1994] R.D.F. 72 (C.S.); *Fine (Succession de) c. Bordo*, [1998] R.J.Q. 1823 (C.S.) et *Bourget c. Fontaine*, C.S. Laval, no. 540-001326-923, 22 septembre 1999, j. Paul Trudeau. À l'appui de la transmissibilité, voir *Hopkinson c. Royal Trust Co.*, (1996) R.J.Q. 728 (C.S.) et *Therrien c. Gagnon*, [1999] R.D.F. 328 (C.S.). Pour une analyse de la question à la lumière de la jurisprudence récente, voir Pierre CIOTOLA, «Patrimoine familial et transmissibilité : de nouveau transmissible!», (1999) 101 *R. du N.* 425.

<sup>163</sup> Voir d'ailleurs le cas pathétique rapporté dans le Journal La Presse du lundi 24 décembre 1990, à la page A-14.

le patrimoine familial<sup>164</sup>.

### § 3 La contribution aux charges du mariage

La contribution aux charges du mariage<sup>165</sup> représente le principe de base qui doit gouverner les rapport des époux quant à leurs biens<sup>166</sup>. En effet, les charges du mariage absorbent souvent toutes les ressources dont disposent les conjoints. Elles englobent essentiellement les frais d'aliments et d'entretien des époux et des enfants, ainsi que les dépenses nécessaires au bon fonctionnement du ménage, y compris les dépenses personnelles et d'agrément justifiées par les moyens dont jouissent les conjoints<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Voir Alain ROY, «Problématiques en matière de patrimoine familial et fonctions préventives du contrat de mariage», (1996) 1 *C.P. du N.* 161, 166 ; Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, «Droit actuel et nouveau droit : le point sur le patrimoine familial, la société d'acquêts et les conventions matrimoniales», (1992) 2 *C.P. du N.* 1, 55 ; Jacques BEAULNE, Serge BINETTE, Nicole GAGNON et Yves PEPIN, «Le contrat de partage en matière de patrimoine familial», (1991) 14 *Les Cahiers* 555, 577 et Jean-Pierre SENÉCAL, «État de la jurisprudence sur le patrimoine familial», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1991), Cowansville, Yvon Blais, p. 297, aux pp. 303-304.

<sup>165</sup> Les charges du mariage sont aussi connues sous le nom de «charges du ménage» et «frais du ménage». Voir d'ailleurs Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, p. 31.

<sup>166</sup> Jean PINEAU, «L'élaboration d'une politique générale en matière matrimoniale», (1971) 74 *R. du N.* 3, 8.

<sup>167</sup> Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 44. Pour un exposé complet sur les différences entre les charges du mariage et l'objet de l'obligation alimentaire et le devoir de secours, voir Germain BRIÈRE, «Les charges du mariage», (1967) 2 *R.J.T.* 451, 453-454.

Avant la réforme du droit de la famille de 1980, les couples étaient libres d'organiser, dans leur contrat de mariage, la contribution de chacun aux charges du mariage et d'en établir les modalités. En l'absence de conventions matrimoniales et à défaut d'accord, chacun était tenu de contribuer en proportion de ses facultés respectives<sup>168</sup>.

Dans la grande majorité des contrats de mariage en séparation de biens, le mari exonérait son épouse de toute contribution, s'engageant à assumer seul la totalité des charges, y compris l'entretien de l'épouse et des enfants à naître. En présence d'une telle stipulation, la femme n'aurait pu être forcée, ni par son mari, ni par ses créanciers, à contribuer financièrement aux charges du

---

<sup>168</sup> C.c.B.C., art. 1423 (abrogé aux termes de l'article 85 de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77). Voir également l'article 1266q C.c.B.C. en matière de société d'acquêts et les articles 1438 et 1317 C.c.B.C. en matière de séparation de biens (tous abrogés aux termes de l'article 45 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39). Voir également Ernest CAPARROS, «La détermination conventionnelle de la contribution des époux aux besoins de la famille», (1976) 17 *C. de D.* 603. Notons qu'en communauté de biens, le mari, en sa qualité de chef de la communauté, doit supporter les charges financière du mariage, la femme n'ayant pas à y contribuer financièrement (C.c.B.C., art. 1280(5)). En somme, la femme commune en biens s'acquitte de sa contribution aux charges du mariage par ses apports en communauté. Si l'épouse possède des biens réservés, l'article 1425h C.c.B.C., ajouté en 1931 aux termes de la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédures civiles, relativement aux droits civils de la femme* (S.Q. 1930-31, c. 101), l'oblige à contribuer aux charges du mariage à même ses biens réservés, en proportion des facultés respectives de chacun des époux, ou plus exactement, des deux patrimoines concernés, soit la communauté d'une part et les biens réservés de la femme d'autre part. Voir Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 172-173 ; Jean PINEAU, «L'élaboration d'une politique générale en matière matrimoniale», (1971) 74 *R. du N.* 3, 8-10. Voir également Germain BRIÈRE, «Les charges du mariage», (1967) 2 *R.J.T.* 451, 455 et suiv.

mariage, si tant est que les moyens du mari aient été suffisants<sup>169</sup>.

Parfois, dans la même clause, l'épouse ou ses représentants renonçaient expressément au droit de réclamer à l'époux ce qu'elle aurait pu employer ou laisser employer à ces fins durant l'union. La validité d'une telle stipulation était reconnue par la majorité des auteurs et par la jurisprudence<sup>170</sup>.

Dans d'autres cas, un des conjoints s'engageait à supporter seul toutes les charges, jusqu'à concurrence d'une quote-part fixe, l'autre prenant le relais pour le surplus<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Voir par exemple *Minotti c. Malyk*, [1979] C.S. 410. Quant à l'application nuancée que les tribunaux retenaient de cette clause, voir l'excellente étude du professeur Ernest Caparros dans : «La détermination conventionnelle de la contribution des époux aux besoins de la famille», (1976) 17 *C. de D.* 603. Le professeur Caparros émettait d'ailleurs, en 1976, de sérieux doutes quant à la validité formelle d'une telle stipulation. Au sujet de la détermination conventionnelle de la contribution aux charges du ménage, voir également Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 173 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, pp. 426-427 ; Germain BIRÈRE, «Les charges du mariages», (1967) 2 *R.J.T.* 451, 466-469 ; François HÉLEINE, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée en droit québécois*, t. 2, Montréal, P.U.M., 1972, p. 526 ; André COSSETTE, «Le régime de séparation de biens est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire?», (1985) 87 *R. du N.* 456, 460, note 13.

<sup>170</sup> Voir précisément Ernest CAPARROS, «La détermination conventionnelle de la contribution des époux aux besoins de la famille», (1976) 17 *C. de D.* 603, 605-606 ; Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 173 ; *Riddell c. Love*, [1972] C.A. 621 ; *Trudel c. Racine-Trudel*, [1977] C.A. 51 ; *Fleury c. Deserres*, [1975] C.S. 733, 736.

<sup>171</sup> Voir Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 173.

Depuis la réforme du droit de la famille de 1980, la contribution aux charges du mariage est devenue affaire d'ordre public. Aux termes du régime primaire intégré au Code civil, les futurs époux sont tenus de contribuer aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives, chacun pouvant toutefois s'acquitter de son obligation par son activité au foyer<sup>172</sup>.

Le contrat de mariage a donc, en cette matière, perdu toute son utilité. Au plus, le contrat peut-il toujours reproduire la disposition impérative du régime primaire afin d'informer les époux de la teneur de l'obligation qui leur est désormais imposée<sup>173</sup>. Certains considèrent toutefois qu'il est encore possible aux époux d'établir des modalités d'exécution de leurs contributions, autres que celle prévue par le législateur, en convenant, par exemple, du droit de l'un d'eux de s'acquitter de son obligation par une collaboration

---

<sup>172</sup> C.c.Q., art. 396. Cette nouvelle disposition régit tous les époux, sans qu'il y ait lieu de considérer la date à laquelle le mariage a été célébré ou, le cas échéant, les conventions matrimoniales passées : *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 65. Les clauses des contrats de mariage intervenus avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 396 C.c.Q., soit le 2 avril 1981, et contraires au principe impératif de la contribution proportionnelle, sont réputées non écrites à compter de cette date : *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, (L.Q. 1980, c. 39), art. 66 al. 2. Voir également *Droit de la famille-144*, [1987] R.J.Q. 253 (C.A.) et *Droit de la famille-929*, [1991] R.D.F. 17 (C.A.).

<sup>173</sup> Serge BINETTE, «Le contrat de mariage depuis le nouveau Code civil du Québec», (1981) 1 *C.P. du N.* 107, 112 ; Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 58. Voir d'ailleurs Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit/Nouvelle série*, «Famille», Formulaires - Document 1.2, Montréal, 1996, p. 1.

professionnelle sans rémunération<sup>174</sup>. Le formulaire du *Répertoire de droit* de la Chambre des Notaires du Québec ne fait aucunement allusion à ce type de stipulation et il semble bien qu'en réalité, les conjoints précisent rarement les modalités de leurs contributions respectives, si tant est qu'ils en aient le pouvoir<sup>175</sup>.

## Conclusion du chapitre

Le contrat de mariage, tel qu'on le conçoit traditionnellement, est devenu un acte juridique marginal. Tel que discuté, les deux principaux facteurs pouvant permettre d'en expliquer le déclin sont l'adoption du régime légal de la société d'acquêts et l'institution d'un patrimoine familial obligatoire.

Certes, d'autres facteurs sociaux et juridiques en ont sans doute influencé l'évolution. L'ère du contrat de mariage «pacte de famille»

---

<sup>174</sup> Il faut toutefois préciser qu'une telle convention n'engagerait en rien le tribunal qui pourrait éventuellement considérer que la contribution apportée n'était pas proportionnelle aux facultés respectives des conjoints : Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 45. D'autres auteurs n'admettent pas la validité d'une telle convention : Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, p. 27 et Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 59. Selon eux, le législateur, en précisant qu'un conjoint peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer, a exclu implicitement toute autre forme de contribution en nature.

<sup>175</sup> Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit Nouvelle série*, «Famille», Formulaire - Document 1.1, Montréal 1996, p. 2 et Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Formulaire - Document 1, Montréal, 1993, pp. 8 et 18.

est révolue. Désormais, les donations parentales ne sont plus nécessaires à l'établissement du couple. En outre, le régime des donations par contrat de mariage n'est plus aussi avantageux qu'il pouvait l'être dans le passé et l'organisation des charges du mariage ne relève plus de la volonté des conjoints. Néanmoins, ces considérations demeurent purement accessoires.

Comme nous avons tenté de le démontrer, l'établissement d'un régime matrimonial a toujours représenté l'objet principal, sinon exclusif, du contrat de mariage. Or, en introduisant la société d'acquêts le 1<sup>er</sup> juillet 1970, un régime légal adapté aux besoins sociaux, économiques et juridiques des conjoints, le législateur en a convaincu plusieurs de se rallier au régime supplétif et de se détourner de la voie échappatoire que constituait depuis toujours le contrat de mariage.

Puis, le 1<sup>er</sup> juillet 1989, plusieurs couples, d'abord tentés par la séparation de biens conventionnelle, ont abandonné l'idée d'un contrat de mariage en apprenant qu'en dépit de toute stipulation contractuelle, ils seraient de toute façon tenus de partager obligatoirement certains biens au jour de la rupture.

Le destin du contrat de mariage semble donc étroitement lié à l'évolution des régimes matrimoniaux et plus généralement, des mesures législatives susceptibles d'en affecter la portée. Est-ce à dire que le contrat de mariage restera marginalisé à jamais? Oui si



on continue à restreindre son utilisation. Non si on réussit à exploiter toutes ses possibilités et à élargir la conception qu'en véhicule depuis toujours la doctrine juridique classique. À notre avis, ce n'est donc pas le contrat de mariage en soi qui est tombé en désuétude, mais l'utilisation à laquelle on l'a restreint.

## **CHAPITRE 3**

### **LE DROIT DES CONVENTIONS ENTRE ÉPOUX DURANT LE MARIAGE**

Le législateur québécois a longtemps considéré suspectes les conventions entre personnes mariées. Le mariage étant voué à la création et au maintien d'un groupement familial uni, il apparaissait illégitime d'admettre l'intrusion d'échanges contractuels susceptibles d'en affecter l'harmonie.

Aussi, avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, le législateur consacrait-il l'immutabilité des conventions matrimoniales en interdisant la passation de tout contrat de mariage à la suite de la célébration du mariage. Dans la même foulée, le législateur prohibait les contrats de donation et de vente entre conjoints mariés, de même que le cautionnement de la femme en faveur de son mari.

Dans la première section, nous nous intéresserons au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et à son abandon progressif. Incidemment, nous nous interrogerons sur les raisons qui amènent aujourd'hui les conjoints à signer de telles conventions durant leur vie commune. Quant à la deuxième section, elle sera

consacrée aux anciennes prohibitions légales de contracter. Essentiellement, nous tenterons d'en expliquer le contenu et d'identifier sommairement les habitudes contractuelles des conjoints depuis leur abrogation.

Bien que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et les prohibitions légales de contracter appartiennent désormais au passé, il nous semble intéressant d'en examiner la nature et la portée, de même que les motifs autrefois invoqués pour en justifier l'existence et le maintien. Un tel exercice nous permettra de cerner le sentiment qu'entretenait autrefois le législateur face aux rapports contractuels entre gens mariés et partant, de mieux saisir la conception du mariage et du contrat véhiculée par la doctrine juridique classique.

## SECTION 1 : DE L'IMMUTABILITÉ À LA MUTABILITÉ DES CONTRATS DE MARIAGE

Les époux ont toujours eu la possibilité d'apporter des modifications à leur contrat de mariage *avant* la célébration du mariage. Tant l'ancien Code civil que le nouveau leur donnent toute latitude à cet effet. L'article 437 du Code civil actuel dispose :

«Les futurs époux peuvent modifier leurs conventions matrimoniales, avant la célébration du mariage, en présence et avec le consentement de tous ceux qui ont été parties au contrat de mariage, pourvu que ces modifications soient elles-mêmes faites par contrat de

mariage.»<sup>1</sup>

Ainsi, dans la mesure où les futurs époux sont toujours mineurs, l'autorisation du tribunal devra être obtenue, lequel sera alors tenu de prendre l'avis du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur, le cas échéant<sup>2</sup>.

S'il s'agit plutôt de majeurs sous tutelle ou représentés par un mandataire nommé en prévision de l'inaptitude, c'est l'autorisation du tuteur ou du mandataire ayant consenti au contrat initial qu'il faudra rechercher, de même que l'autorisation du tribunal. S'il s'agit de majeurs sous régime de conseiller, seule l'assistance du

---

<sup>1</sup> Il ne suffit pas donc pas de consigner simplement les nouvelles conventions dans un acte notarié; il est de mise que dans sa forme, cet acte constitue un contrat de mariage. Par ailleurs, le notaire qui reçoit le contrat modificateur peut ne pas être celui qui a reçu le contrat initial. Dans tous les cas, le notaire qui reçoit le contrat modificateur doit, sans délai, en donner avis au dépositaire de la minute du contrat de mariage original et au dépositaire de la minute de tout autre contrat modificateur antérieur. Le dépositaire est alors tenu de faire mention du changement sur la minute et sur toute copie qu'il en délivre, en indiquant la date du contrat, le nom du notaire et le numéro de sa minute (C.c.Q., art. 441). Voir généralement Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, p. 102 ; Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 143 et Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 194. Par ailleurs, le contrat de mariage modificateur devra faire l'objet des mêmes procédures d'inscription que celles qui s'appliquent au contrat de mariage initial : C.c.Q., art. 442. *Supra*, §1, section 1, chapitre 2, partie 1.

<sup>2</sup> Jean PINEAU, et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 142-143.

conseiller sera requise au nouveau contrat de mariage<sup>3</sup>.

En outre, les personnes ayant comparu au premier contrat pour consentir ou recevoir des donations devront intervenir au nouveau contrat. À cet égard, l'article 439 du *Code civil du Québec* dispose que les enfants à naître sont représentés par les époux pour la modification ou la suppression, avant le mariage, des donations faites en leur faveur par contrat de mariage.

Cela dit, avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, il était strictement interdit aux époux de faire un contrat de mariage *après* la célébration du mariage, que ce soit pour modifier les stipulations contenues au contrat initial ou pour établir de nouvelles dispositions. L'article 1265 du *Code civil du Bas Canada* consacrait le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales en ces termes : «[a]près le mariage, il ne peut être fait aux conventions matrimoniales contenues au contrat, aucun changement»<sup>4</sup>. À cet égard, le professeur Louis Marceau écrivait :

---

<sup>3</sup> *Supra*, §2, section 1, chapitre 2, partie 1. Selon certains, l'intervention des représentants légaux ne serait pas requise si l'incapacité a cessé depuis le contrat de mariage initial : Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 80 ; Serge BINETTE, *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 81.

<sup>4</sup> Tous les actes passés en contravention de la règle étaient sanctionnés par la nullité absolue : *Dame Boivin c. Larue et Gilbert*, (1925) 39 B.R. 87 ; Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 198.

«[Après la célébration du mariage], les conventions matrimoniales [...] devront rester immuables, et, de leur propre volonté, les époux ne pourront y apporter, ni directement ni indirectement, aucun changement.»<sup>5</sup>

Plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Il nous semble important d'en faire ici l'énumération.

La première raison soulevée en est une de cohérence législative. Comme nous le verrons au chapitre suivant, les époux ne pouvaient jadis s'avantager entre vifs durant le mariage, sous réserve du droit du mari d'assurer sa vie pour le bénéfice de sa femme et de ses enfants<sup>6</sup>. Or, cette disposition n'aurait pu être respectée si on avait permis aux conjoints de changer les termes de leur contrat de mariage, en prévoyant, notamment, de nouvelles libéralités<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 111. Comme l'indique le professeur Caparros, il faut toutefois noter qu'il était possible, dès 1866, d'obtenir une séparation judiciaire de biens durant le mariage, de sorte qu'on pouvait déjà parler d'une certaine forme de mutabilité des conventions matrimoniales. Il s'agissait, cependant, d'une mutabilité très limitée : le changement ne pouvait être obtenu qu'en justice et seule la femme commune en biens pouvait le demander, à certaines conditions bien précises. Voir les anciens articles 1310 à 1316 C.c.B.C. Voir également Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, p. 97.

<sup>6</sup> C.c.B.C., art. 1265 al. 2.

<sup>7</sup> Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 195. Comparer Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 51.

Autre raison invoquée, le contrat de mariage signé avant le mariage constituait, en certaines occasions, un pacte de famille auquel prenait part non seulement les futurs époux, mais également leurs parents et parfois même des tiers. Un acte résultant de plusieurs volontés n'aurait donc pu, légitimement, être modifié par les seuls conjoints. Ainsi, aux dires du professeur Louis Baudouin :

«Les futurs époux étaient généralement mariés par leur famille, l'alliance du coeur était presque toujours précédée et commandée par celle des fortunes. Le contrat de mariage était un véritable pacte de famille, à l'occasion duquel les membres de la famille gratifiaient les futurs époux de donations, soit pour eux personnellement, soit à charge d'en transmettre le bénéfice à leurs enfants à naître du mariage. Les biens ainsi transmis étaient affectés d'un coefficient de perennité familiale qui s'opposait à ce qu'au cours de leur mariage, les époux puissent y porter atteinte.»<sup>8</sup>

Dans une perspective plus sociologique, certains justifiaient le principe de l'immutabilité par le déséquilibre caractérisant les rapports conjugaux :

«[...] après la célébration, l'un des époux est presque toujours dominé par l'autre. Par conséquent, si le contrat qui les régit pécuniairement pouvait être fait après le mariage célébré, les intérêts de l'époux dominé seraient

---

<sup>8</sup> Louis BAUDOUIN, «Immutabilité ou mutabilité des conventions matrimoniales», (1954-55) 1 *McGill L.J.* 259, 260. Du même auteur, voir également l'ouvrage intitulé : *Le droit civil de la province de Québec - Modèle vivant de droit comparé*. Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 987.

infailliblement sacrifiés au profit de l'autre conjoint.»<sup>9</sup>

Enfin, l'immutabilité des conventions matrimoniales se justifiait également par le désir du législateur d'assurer aux tiers une protection adéquate. Certes, les tiers avaient intérêt à savoir sous quel régime les époux étaient mariés. C'était là, de l'avis du professeur Roger Comtois, le fondement le plus important du principe :

«Qu'il s'agisse, par exemple, de payer une somme d'argent qui appartient en propre à l'épouse, il faudra, au cas de communauté, effectuer le paiement entre les mains du mari. Quand il faut intenter une action contre la communauté ou contre l'une des époux personnellement, il est tout aussi important de connaître le régime matrimonial. Enfin, les bailleurs de fonds ont tout aussi intérêt, pour évaluer le crédit de leur débiteur éventuel, à connaître le régime matrimonial des époux.»<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 6, Montréal, Théorét, 1902, p. 129. Au même effet, Léon Faribault écrivait : «[s]i la loi exige qu'un contrat de mariage soit passé avant la célébration de celui-ci, c'est qu'à ce moment, les futurs époux jouissent d'une indépendance complète, leur permettant de faire les conventions qu'ils désirent, tandis qu'après le mariage, il arrive très souvent que l'un des conjoints [la femme] soit dominé par l'autre.» : *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, pp. 44-45. Concernant cet argument, voir aussi Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 195

<sup>10</sup> Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, pp. 195-196. Voir également Louis BAUDOUIN, «Immutabilité et mutabilité des conventions matrimoniales?», (1954-55) 1 *McGill L.J.* 259, 260-261 et du même auteur *Le droit civil de la province de Québec - Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 987 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, pp. 46-47.



Le 1<sup>er</sup> juillet 1970, le législateur québécois abolissait le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales<sup>11</sup>. Aux termes du nouvel article 1265 du Code civil de l'époque, on établissait désormais la règle suivante :

«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.

Les donations portées au contrat de mariage ne peuvent néanmoins être modifiées que du consentement de tous les intéressés.»

Dès lors, les époux devenaient libres de modifier les dispositions de leur contrat de mariage initial, y compris leur régime matrimonial<sup>12</sup> et les donations intervenues<sup>13</sup>, ou d'adopter simplement de nouvelles

---

<sup>11</sup> *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77. Cette loi est généralement connue sous le nom de «Bill 10».

<sup>12</sup> Il pouvait alors devenir nécessaire de procéder à la liquidation de l'ancien régime, si les conjoints étaient jusqu'à ce jour régis par la communauté de biens, la société d'acquêts ou tout autre régime à base de partage.

<sup>13</sup> Une importante controverse doctrinale a été soulevée au sujet des modifications pouvant être apportées aux donations faites dans le contrat de mariage initial. On s'est demandé s'il était possible de changer les donations faites en faveur d'enfants mineurs ou à naître et les donations à cause de mort consenties à titre irrévocable. À ce propos, voir généralement Roger COMTOIS, «Commentaires sur le Bill 10, loi concernant les régimes matrimoniaux», (1970) 1 *Manuel du notaire* 83, 99-100 ; Roger COMTOIS, «Changement de régime matrimonial - Donation mutuelle entre époux par contrat de mariage», (1971-72) 74 *R. du N.* 34 ; Germain BRIÈRE, «Les dispositions du Bill 10 sur les régimes matrimoniaux» dans Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Lois nouvelles II*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 23, à la p. 35 ; André COSSETTE, «La loi concernant les régimes matrimoniaux

conventions matrimoniales<sup>14</sup>, pour autant que soient respectées les conditions mentionnées à l'article ci-haut cité.

Deux autres exigences étaient par ailleurs imposées. D'abord, les changements ou ententes intervenus durant le mariage ne pouvaient être faits qu'aux termes d'un acte notarié en minute<sup>15</sup>. Selon le

---

et l'irrévocabilité de l'institution contractuelle», (1971-72) 74 *R. du N.* 28 ; E.S. DE LA MARNIERRE, «La modification du régime et l'intérêt de la famille», (1971-72) 74 *R. du N.* 166 ; François AQUIN, «Les conventions entre époux à l'occasion des séparations de fait, des séparations de corps et des divorces», (1976) *C.P. du N.* 191, 208 ; Michel LÉGARÉ, «Institution contractuelle irrévocable et mutation de régime matrimonial», (1976-77) 79 *R. du N.* 117 ; Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 184-85 ; Jean PINEAU, «La réforme des régimes matrimoniaux, quelques points d'interrogation», (1973-74) 76 *R. du N.* 3, 5-7 ; Jacques AUGER, «La mutabilité contrôlée du régime matrimonial et la révocation des donations par contrat de mariage», (1978-79) 81 *R. du N.* 41 ; Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 85-86. Par ailleurs, la convention modificative pouvait avoir comme unique objet les donations portées au contrat initial, sans que le régime matrimonial n'en soit affecté : Jacques AUGER, «La mutabilité contrôlée du régime matrimonial et la révocation des donations par contrat de mariage», (1978-79) 81 *R. du N.* 41, 46-47. Voir aussi Serge BINETTE, «Le contrat de mariage depuis le nouveau Code civil du Québec», (1981) 1 *C.P. du N.* 107, 120.

<sup>14</sup> Ainsi, des époux mariés sans contrat de mariage avaient désormais la possibilité de faire un contrat de mariage après la célébration du mariage, pour se consentir des donations ou pour toute autre raison : Jacques AUGER, «La mutabilité contrôlée du régime matrimonial et la révocation des donations par contrat de mariage», (1978-79) 81 *R. du N.* 41, 48 et du même auteur «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 81 et 86.

<sup>15</sup> C.c.B.C., art. 1266. Cet acte constituait lui-même un «contrat de mariage» au sens du Code civil : Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) *C.P. du N.* 157, 185 ; Jean PINEAU, «La réforme des régimes matrimoniaux : quelques points d'interrogation», (1973) 76 *R. du N.* 3, 7 ; Jacques AUGER, «La mutabilité contrôlée du régime matrimonial et la révocation des donations par contrat de mariage», (1978-79) 81 *R. du N.* 41, 43 et 48 ; André COSSETTE, «La loi concernant les régimes matrimoniaux et l'irrévocabilité de l'institution contractuelle», (1971) 74 *R. du N.* 28. *Contra* : Germain BRIÈRE, «Les dispositions du Bill 10 sur les

notaire Michel Légaré :

«Les motifs de sécurité entre les parties, d'honn  t  t   intellectuelle du notaire, de publicité et de protection qui sous-tendent la raison de l'acte notarié en minute pour le contrat de mariage sont également sous-jacents à l'établissement de la même règle pour les conventions matrimoniales post-maritales.»<sup>16</sup>

De plus, les nouvelles conventions devaient être soumises à l'approbation du tribunal pour être effectives<sup>17</sup>. Cette mesure de contrôle permettait au juge de s'assurer que les changements envisagés n'étaient pas de nature à porter atteinte aux intérêts de la

---

régimes matrimoniaux», dans Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Lois nouvelles II*. Montréal. P.U.M., 1970, p. 23,    la p. 35. Pour une opinion nuancée, voir également Jean-Marie TÉTREAULT «Les changements de régimes matrimoniaux», (1975) 1 *C.P. du N.* 205, 208 et 210.

<sup>16</sup> Michel LÉGARÉ. «Le changement de régime matrimonial : aspects légaux et aspects pratiques», (1978) 80 *R. du N.* 253, 257.

<sup>17</sup> C.c.B.C., art. 1266. Il faut souligner que seules les modifications conventionnelles restrictives des droits du donataire nécessitaient l'homologation du tribunal : Jacques AUGER, «La mutabilité contrôlée du régime matrimonial et la révocation des donations par contrat de mariage», (1978-79) 81 *R. du N.* 41, 45. Voir aussi Jean-Guy BERGERON, «Le praticien et certains aspects du changement conventionnel ou judiciaire d'un régime matrimonial pendant le mariage», (1976) 79 *R. du N.* 177, 179 et suiv. D'autres, plus libéraux, considéraient que toutes les modifications des donations entre vifs portées au contrat de mariage, quelqu'en soient la nature et l'effet, étaient soustraits au contrôle judiciaire : Jean-Marie TÉTREAULT, «Les changements de régimes matrimoniaux», (1975) *C.P. du N.* 208 ; André COSSETTE, «La loi concernant les régimes matrimoniaux et l'irrévocabilité de l'institution contractuelle», (1971-72) 74 *R. du N.* 28, 30 ; François AQUIN, «Les conventions entre époux à l'occasion des séparations de fait, des séparations de corps et des divorces», (1976) 1 *C.P. du N.* 191, 207.

famille<sup>18</sup>, ni aux droits des créanciers<sup>19</sup>. Le régime matrimonial établi aux termes du contrat de mariage entrait en vigueur le jour du jugement d'homologation<sup>20</sup>.

À l'occasion de la réforme du droit de la famille de 1980, le législateur éliminait la formalité de l'homologation<sup>21</sup>. On souhaitait, par cette nouvelle orientation, faciliter les changements de régime par l'élimination d'une procédure lourde et coûteuse et dont la

---

<sup>18</sup> À propos de la notion d'«intérêt de la famille», voir Jean-Marie TÉTREAUULT, «Les changements de régimes matrimoniaux», (1975) 1 *C.P. du N.* 205, 211 et suiv. Voir également Michèle RIVET, «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970», (1974) 15 *C. de D.* 613, 644-645.

<sup>19</sup> La demande au tribunal devait être signifiée aux créanciers de chacun des époux, ainsi qu'aux personnes, encore vivantes, qui étaient parties au contrat de mariage initial. De plus, avis de la requête, de la date et du lieu de sa présentation devait être publié par la voie des journaux. En outre, à la suite d'une modification à l'article 1266 C.c.B.C. intervenue en 1972, la requête devait obligatoirement être accompagnée d'une liste des créanciers respectifs des époux ainsi que des créanciers de la communauté de biens ou de la société d'acquêts, le cas échéant. De même, un bilan indiquant l'actif et le passif de chaque époux et de la communauté de biens ou de la société d'acquêts devait être annexé à la requête. À ce sujet, voir spécialement Michel LÉGARÉ, «Le changement de régime matrimonial : aspects légaux et aspects pratiques», (1978) 80 *R. du N.* 253, 259. Un auteur suggérait par ailleurs de joindre à la requête un projet de partage de la communauté de biens ou de la société d'acquêts et de le soumettre aux créanciers en même temps que la requête, lorsque les époux souhaitaient établir pour l'avenir le régime de la séparation de biens : voir Jean-Marie TÉTREAUULT, «Les changements de régimes matrimoniaux», (1975) 1 *C.P. du N.* 208, 215 et suiv.

<sup>20</sup> Le professeur Comtois estimait pour sa part que le régime établi durant le mariage avait un effet rétroactif au jour de la célébration du mariage : Roger COMTOIS, «Le Bill 10 depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1970», (1970) 1 *R.G.D.* 220, 227-228.

<sup>21</sup> *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, art. 27. Par la même occasion, le législateur laissait tomber la condition relative à l'intérêt de la famille. Voir Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, p. 101.

disparition ne pouvait vraisemblablement causer préjudice à qui que ce soit<sup>22</sup>.

Depuis cette date, les époux ont donc la possibilité, pendant leur mariage, de modifier leur régime matrimonial<sup>23</sup> et les autres dispositions de leur contrat de mariage ou de faire toute autre stipulation matrimoniale en signant simplement un nouveau contrat de mariage à cet effet, sous réserve, bien entendu, des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public<sup>24</sup>. Le régime matrimonial nouvellement établi ou les modifications apportées au régime existant, s'il en est, entreront en vigueur à la date du contrat de

---

<sup>22</sup> Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 6<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég.: Commission permanente de la justice. Études du projet de loi n<sup>o</sup> 89, du 10 au 18 décembre 1980, pp. B-340 et B-341. Voir également Michèle RIVET, «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970», (1974) 15 *C. de D.* 613, 644.

<sup>23</sup> Certains considèrent que la mutation ne peut avoir pour objet le changement de la nature d'un ou plusieurs biens déterminés, puisque cela constituerait, à leur avis, une renonciation par anticipation au partage de ce bien, si tant est que le bien soit qualifié d'acquêt ou de commun. Or, une telle renonciation anticipée est prohibée par la loi : art. 467 C.c.Q. et 1338 C.c.B.C. : Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, 1984, Éditions Thémis, pp. 146-147. Voir également les commentaires du professeur Auger sur cette question dans Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 85. *Contra* : Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, pp. 99-100. Voir également *Droit de la famille*-3268, [1999] R.J.Q. 643 (C.A.).

<sup>24</sup> Tout comme pour les modifications intervenues avant le mariage, le notaire qui reçoit le contrat modificateur peut ne pas être celui qui a reçu le contrat initial. Également, les procédures d'avis et d'inscription exposées à la note 1 sont tout autant applicables : C.c.Q., art. 441-442.

mariage<sup>25</sup>.

Les époux peuvent donc modifier les donations prévues à leur contrat de mariage, y compris celles faites à cause de mort, même si elles ont été stipulées irrévocables<sup>26</sup>, pourvu que soit obtenu le consentement de tous les intéressés. À cet égard, les enfants à naître sont représentés par les époux<sup>27</sup>.

La simplification du processus n'a pas empêché le législateur d'introduire certaines mesures destinées à protéger les créanciers des conjoints. Aux termes du troisième alinéa de l'article 438 du *Code civil du Québec*, ceux-ci peuvent, dans un délai d'un an à compter du jour où ils ont eu connaissance du nouveau contrat de mariage, demander au tribunal de le déclarer inopposable à leur égard, s'ils en subissent un préjudice.

---

<sup>25</sup> C.c.Q., art. 433 al.2. On ne peut valablement stipuler que le régime matrimonial ou sa modification prendra effet à une autre date : C.c.Q., art. 433 al.3.

<sup>26</sup> Avant la réforme du droit de la famille de 1980, il existait une controverse à savoir s'il était possible de modifier durant le mariage une donation à cause de mort sans clause révocatoire. Voir les références citées dans Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 85-86. Voir aussi Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157, 184-185 et suiv. ; André COSSETTE, «La Loi concernant les régimes matrimoniaux et l'irrévocabilité de l'institution contractuelle», (1971-72) 74 *R. du N.* 28, 31 et Germain BRIÈRE, «Les dispositions essentielles du Bill 10 sur les régimes matrimoniaux», dans Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Lois nouvelles II*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 23, à la page 35 et François AQUIN, «Les conventions entre époux à l'occasion des séparations de fait, des séparations de corps et des divorces», (1976) 1 *C.P. du N.* 191, 207-208.

<sup>27</sup> C.c.Q., art. 438 et 439. Le législateur mettait ainsi fin à la controverse née au lendemain de l'entrée en vigueur du Bill 10.

L'abolition de la procédure d'homologation a entraîné une augmentation spectaculaire du nombre de contrats intervenus durant le mariage. Quelques statistiques permettent de saisir l'ampleur du phénomène. Entre 1970 et 1981, seulement 2 009 couples se sont prévalus du droit de faire un tel contrat, soit une moyenne d'environ 200 par année. Entre 1981 et 1990, ce nombre est passé à 15 599, portant la moyenne à environ 1 600 couples par année. Il s'agit là d'une augmentation qui frise les 1 250%. Le législateur avait donc vu juste en reliant le faible nombre de contrats faits durant le mariage à la lourdeur du processus d'homologation et aux frais afférents.

Cela dit, quelles sont les raisons qui motivent aujourd'hui les couples à signer un contrat de mariage durant le mariage? Bien qu'aucune étude empirique n'ait été réalisée sur le sujet, il est possible de dégager certains éléments de réponse.

Selon les informations que nous avons recueillies de manière informelle auprès de plusieurs notaires oeuvrant en droit de la famille, il semble que les époux se prévalent du droit qui leur est accordé lorsqu'ils souhaitent modifier leur régime matrimonial. Le professeur Ernest Caparros observe d'ailleurs :

«[...] l'article 470 accorde aussi aux époux le droit de modifier "toute stipulation de leur contrat de mariage", toujours, bien sûr, en respectant les exigences de l'article 463. Néanmoins, il apparaît que de telles modifications sont plutôt rares, pour ne pas dire inexistantes. En effet, comme les contrats de mariage

établissant un régime matrimonial conventionnel, se limitent de nos jours presque'exclusivement aux séparation de biens, hormis les donations, lorsque les époux envisagent une modification, celle-ci se limite au régime dans son ensemble.»<sup>28</sup>

Une telle pratique n'a rien d'étonnant. Comme nous l'avons déjà démontré et comme le laisse d'ailleurs entendre le professeur Caparros, le contrat de mariage est perçu par l'ensemble des conjoints comme l'instrument par lequel on établit principalement, voire exclusivement, un régime matrimonial. Or, que le contrat intervienne avant ou après le mariage ne change rien à cette perception. Règle générale, les conjoints ne verront l'utilité de signer un contrat de mariage durant le mariage que s'ils considèrent nécessaire de procéder à une modification de leur régime matrimonial.

Cela dit, il n'existe à notre connaissance aucune donnée permettant d'identifier les facteurs susceptibles d'amener un couple à modifier son régime matrimonial durant le mariage. Certains motifs, cependant, paraissent évidents. D'abord, des conjoints mariés en communauté de biens voudront sans doute adopter pour l'avenir le régime de la séparation de biens ou de la société d'acquêts s'ils souhaitent se lancer en affaires. Nous avons déjà traité des désavantages qu'on reconnaît, à cet égard, au régime de la

---

<sup>28</sup> Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal, 1991, p. 99. Dans le même sens, voir Jacques AUGER, «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33, 85.



communauté de biens.

Également, plusieurs couples voudront passer de la communauté de biens ou de la société d'acquêts à la séparation de biens au jour de leur séparation de fait. Ainsi, procèderont-ils dès lors à la liquidation du régime précédemment établi et assureront l'indépendance de leurs patrimoines respectifs pour l'avenir, sous réserve, cependant, des dispositions du régime primaire. Il s'agit, pour les conjoints souhaitant mettre un terme à leur cohabitation, du seul moyen de régler définitivement le sort de leur régime matrimonial avant l'obtention d'un jugement de divorce, de séparation de corps, de nullité du mariage ou avant que l'un d'eux décède<sup>29</sup>.

## SECTION 2: DES ANCIENNES PROHIBITIONS LÉGALES DE CONTRACTER

Si les conjoints mariés ont aujourd'hui le droit de passer entre eux toute sorte de conventions de nature patrimoniale, comme s'ils étaient de purs étrangers l'un par rapport à l'autre, tel n'a pas toujours été le cas. Avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, certaines conventions étaient interdites aux conjoints.

Suivant le second alinéa de l'ancien article 1265 du *Code civil du Bas Canada*, les époux ne pouvaient s'avantager entre vifs, si ce n'est

---

<sup>29</sup> Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 177-178.

pour des cadeaux d'usage<sup>30</sup> ou pour des fins d'assurance souscrite sur la vie du mari au bénéfice de sa femme et de ses enfants<sup>31</sup>. Hormis ces deux exceptions<sup>32</sup>, toute donation entre époux était considérée nulle de nullité absolue, qu'elle ait été faite directement ou indirectement, de manière déguisée ou apparente<sup>33</sup>.

Les auteurs expliquaient la prohibition de différentes façons. Contrairement à Mignault pour qui la règle ne visait qu'à protéger les époux contre eux-mêmes<sup>34</sup>, le professeur Louis Marceau, auteur d'une

---

<sup>30</sup> Voir Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 201 et les autorités citées par l'auteur aux notes 350 et suiv.

<sup>31</sup> Au sujet des conditions d'application relatives à cette seconde exception, voir *Traité de droit civil du Québec*, par Léon FARIBAUT, t. 10, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 52 et suiv.

<sup>32</sup> On pouvait également considérer comme dérogatoire au principe exposé la règle suivant laquelle la femme mariée pouvait renoncer au douaire qu'elle pouvait détenir sur un immeuble que son mari entendait vendre, aliéner ou hypothéquer : voir l'ancien article 1444 du *Code civil du Bas Canada*.

<sup>33</sup> Toute personne démontrant un intérêt était admise à soulever cette nullité : voir notamment Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, pp. 130-131 ; *Traité de droit civil du Québec*, par Léon FARIBAUT, t. 10, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, pp. 48-49 ; Louis BAUDOUIN, *Droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 1229 ; *Mc Laren c. The Merchants Bank of Canada*, [1893] 2 B.R. 431 ; *Arsenault c. Huile Laurentide Cie Ltée*, [1949] C.S. 349 ; *Dame Boisseau-Picher c. Turgeon*, [1938] 65 B.R. 87.

<sup>34</sup> «Il est défendu aux époux de se faire des donations l'un à l'autre, car on craint que l'affection qu'ils se portent ne les induisent à se dépouiller de leurs biens» : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 45. Voir aussi du même auteur le tome 6, à la p. 129. Voir également les observations du doyen Gérard Cornu dans Gérard CORNU, «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461, 463.

vaste étude sur le sujet<sup>35</sup>, y voyait la manifestation d'une volonté législative à l'effet d'assurer la paix du ménage et la sécurité du foyer:

«Le but recherché s'élève au-dessus de l'intérêt des époux eux-mêmes. Il ne s'agit plus de préserver le patrimoine de l'époux donateur, il s'agit de préserver autant que possible cette entité de fait qu'est le foyer, en prévenant les marchandages ou les abus d'influence, cause imminente de division et même de discorde parmi ses membres.»<sup>36</sup>

M<sup>e</sup> Léon Faribault considérait plutôt la prohibition comme le prolongement naturel du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales dont nous avons précédemment exposé les tenants et aboutissants :

«C'est pour empêcher les époux de changer leur contrat de mariage d'une façon détournée, que, dans le second alinéa du présent article [1265], le législateur leur

---

<sup>35</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960. Il s'agit sans aucun doute de l'ouvrage le plus important à avoir été réalisé sur les anciennes prohibitions légales de contracter en droit québécois, ce qui permet d'expliquer la fréquence à laquelle nous référerons à ses travaux dans les pages qui suivent.

<sup>36</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 135. Au même effet, voir Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 199.

défend de s'avantager entre vifs pendant le mariage.»<sup>37</sup>

La règle aurait également trouvé justification dans la préoccupation du législateur de sauvegarder l'intérêt des tiers. Ainsi, le juge en chef Lafontaine écrit-il :

«[...] le législateur a voulu écarter [...] la fraude envers les créanciers de la part d'un débiteur obsédé par les dettes, que l'intimité entre les époux et leur intérêt pouvaient grandement faciliter [...]»<sup>38</sup>

Les auteurs étaient par ailleurs unanimes à rejeter l'argument suivant lequel la prohibition aurait été fondée sur la notion de conservation des biens dans les familles, telle notion n'ayant jamais véritablement existé en droit québécois<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> *Traité de droit civil de la province de Québec*, par Léon FARIBAULT, t. 10, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 48. Voir également Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149, 157.

<sup>38</sup> *Dame Boivin c. Larue et Gilbert*, (1925) 39 B.R. 87, 92. Voir également en ce sens : Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 199 ; Louis-Philippe SIROIS, «Les contrats de prêt entre époux», (1895) 1 *R.L.n.s.* 293 ; J.-Émile BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien. Donations et testaments*, t. 1, Montréal, Excelsior, 1933, p. 179 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1946, p. 91.

<sup>39</sup> Sous la Coutume de Paris, au contraire, il s'agissait là d'un motif justifiant la prohibition : Olivier MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. 2, fasc. 1, Paris, Leroux, 1930, pp. 293-294. Voir aussi Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, pp. 42 et 133.

Également, contrairement à ce que certains auraient pu prétendre, la prohibition n'était aucunement vouée à la protection des droits éventuels des enfants sur le patrimoine de leur père ou mère. Il aurait été pour le moins étonnant de soutenir une telle argumentation, le législateur québécois ayant toujours autorisé la liberté illimitée de tester.

Outre l'interdiction pour les conjoints de se consentir des donations entre vifs, il était également interdit à la femme mariée de s'obliger avec ou pour son mari, sauf en qualité de commune<sup>40</sup>. Toute obligation qu'elle contractait en une autre qualité était considérée nulle et sans effet<sup>41</sup>, sauf quant aux droits des créanciers de bonne foi<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Voir l'ancien article 1301 C.c.B.C. Pour connaître la portée de l'article 1301 et les raffinements jurisprudentiels qui en ont été faits, voir *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 195 et suiv. Voir aussi Claude LOMBOIS, «La capacité juridique de la femme mariée», (1966) 68 *R. du N.* 457, 468 et suiv.

<sup>41</sup> Ainsi, la nullité de l'engagement n'était applicable qu'à l'égard de la femme non commune. L'engagement contracté par la femme commune en biens n'était pas nul en soi, mais simplement sujet aux règles de la communauté de biens. Pouvant s'obliger en qualité de commune, celle-ci se serait donc libérée de son engagement en cas de renonciation ultérieure à la communauté. En cas d'acceptation, elle n'aurait été engagée que pour la moitié de la dette, pourvu que cette moitié n'ait pas excédé son émolument (voir les anciens articles 1370 et 1374 du *Code civil du Bas Canada*).

<sup>42</sup> L'exception relative aux droits de créanciers de bonne foi a été introduite dans le texte de loi en 1904. Avant cette date, la jurisprudence semblait divisée sur la question : voir Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 6, Montréal, Théorêt, 1902, p. 189 et les autorités citées par l'auteur à la note b). Notons que la cause de nullité pouvait être invoquée par toute personne intéressée : Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 145.

En somme, comme l'affirmait le juge Lafontaine dans l'affaire *Joubert c. Turcotte*<sup>43</sup>, le législateur voulait proscrire le contrat par lequel la femme se serait chargée de la dette future de son mari ou en aurait garanti le paiement en se constituant caution réelle ou personnelle<sup>44</sup>. Cherchant à cerner les fondements de cette interdiction, le professeur Marceau écrivait :

«Il arrive fréquemment qu'un souscripteur, par complaisance ou faiblesse, signe d'une main trop légère et sans se rendre compte de la portée de son acte le cautionnement qui le lie; et c'est toujours avec amertume qu'un tel souscripteur paie, à l'échéance, la dette qui n'est pas la sienne. La prohibition, telle qu'elle existe, ne permet-elle pas d'éviter ce ressentiment que pourrait garder une femme tenu de payer la dette de son mari, à cause d'une signature donnée un jour inconsidérément, et le législateur n'avait-il pas raison de la conserver puisqu'elle était ainsi un moyen de prévenir une cause imminente de discorde entre les époux?»<sup>45</sup>

Pour expliquer l'absence de prohibition similaire quant à

---

<sup>43</sup> *Joubert c. Turcotte*, (1917) 51 C.S. 152.

<sup>44</sup> *Joubert c. Turcotte*, (1917) 51 C.S. 152, 157. Voir également *Rodrigue c. Dostie*, (1927) S.C.R. 563, 570.

<sup>45</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 149. Voir cependant Claude LOMBOIS, «La capacité juridique de la femme mariée», (1966) 68 *R. du N.* 457, 471.

l'engagement du mari par rapport aux dettes de sa femme<sup>46</sup>, le professeur Marceau référait aux origines françaises de l'article 1301, introduit au Code civil par l'ordonnance de 1841. Or, il semble qu'en France, l'interdiction visait d'abord à protéger le «sexes faible»<sup>47</sup>. Le législateur québécois se serait donc contenté d'importer la prohibition, sans en généraliser la portée, bien qu'apparemment motivé par des raisons fort différentes.

Enfin, les conjoints ne pouvaient passer entre eux des contrats de vente, directement ou par l'intermédiaire de personnes interposées<sup>48</sup>. Tout acte passé en violation de cette règle était sanctionné par la nullité absolue<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Voir d'ailleurs, en communauté de biens, l'ancien article 1302 du *Code civil du Bas Canada*: «Le mari qui s'oblige pour les affaires propres de sa femme a, sur les biens de cette dernière, un recours pour se faire indemniser de ce qu'il est appelé à payer par suite des obligations qu'il a ainsi contractées». En séparation de biens, voir *Bank of Hamilton c. Rosenthal*, [1922] 28 R.L.n.s. 37 (C.S.) et *Brunelle c. Bourdeau*, [1948] C.S. 427.

<sup>47</sup> «À ce moment, la disposition pouvait bien être fondée sur la *fragilitas sexus*» : Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 149.

<sup>48</sup> C.c.B.C., art. 1483. La preuve de l'interposition de personnes devait être faite puisqu'aucune présomption légale d'interposition n'existait. Par ailleurs, il est à noter que la prohibition ne s'appliquait pas à la vente forcée : voir *Buchanann c. O'Brien et Price*, (1900) 18 C.S. 343 ; Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 151 ; Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 205 ; *Traité de droit civil du Québec*, par t. 11, Léon FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1961, p. 128.

<sup>49</sup> *Fonderie de Plessisville c. Dubord*, (1899) 17 R.L. 499 (B.R.) ; Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, pp. 152-153 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit*

Encore une fois, les fondements de cette troisième interdiction ne faisaient pas l'unanimité. Selon les auteurs classiques, la prohibition de la vente était en réalité le résidu de l'ancienne prohibition générale de contracter provenant du droit français et ne visait qu'à prévenir les donations déguisées<sup>50</sup>. Comme l'affirmait Guillouard : «[l]a vente est faite et le prix quittancé dans l'acte, on ne saurait savoir et prouver que la quittance est fictive»<sup>51</sup>.

Rejetant cette argumentation dans le contexte du droit québécois, le professeur Marceau expliquait plutôt la prohibition par la volonté du législateur de maintenir l'unité familiale en interdisant les actes susceptibles d'en affecter l'harmonie :

«Il suffit, pour comprendre la prohibition, de considérer que la vente, dont l'unique but est d'opérer une mutation de propriété contre valeur, est, de tous les contrats onéreux, celui qui présuppose le plus éminemment une opposition d'intérêts entre les parties contractantes, et d'autre part, qu'une simple mutation de propriété entre les patrimoines des deux époux, ne pourrait satisfaire

---

*civil canadien*, t. 7, Montréal, Théorêt, 1906, pp. 37-38 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1946, p. 153 ; Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 199. Voir cependant *Nadeau c. Provost et autres*, (1917) 52 C.S. 387.

<sup>50</sup> Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 7, Montréal, Théorêt, 1906, p. 37 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1946, p. 93 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, par Léon FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1961, p. 126.

<sup>51</sup> Louis Vincent GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t.1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Durand et Pénodé, 1902, n° 146.



que les intérêts égoïstes de l'un et de l'autre, sans d'aucune façon aider leur action commune au sein de la société familiale. On conçoit que la loi moderne, dont l'on connaît la préoccupation essentielle en matière matrimoniale, se méfie d'un contrat comme la vente qui, non seulement est inconciliable avec l'esprit d'entraide [sic] et d'union devant exister entre les époux et risque toujours de semer la dissension entre eux, mais encore demeure tout à fait impropre à faciliter les moyens d'action du ménage lui-même.»<sup>52</sup>

Cela dit, le Code civil de l'époque ne contenait aucune autre disposition prohibant d'autres types d'échanges contractuels entre mari et femme. Est-ce à dire qu'il était permis aux conjoints de faire entre eux toutes les conventions voulues, à l'exception de celles expressément défendues, ou devait-on plutôt, en se référant au modèle français<sup>53</sup>, généraliser la prohibition du contrat de vente et l'étendre à l'ensemble des contrats à titre onéreux?

Craignant l'attribution d'avantages indirects déguisés sous l'apparence d'un contrat onéreux, la Coutume de Paris refusait en effet d'avaliser toute espèce de contrats entre époux, d'où la maxime latine «*nullum ergo contractum etiam reciprocum facere possunt nisi ex necessitate, nec etiam permutare possunt et in*

---

<sup>52</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 156.

<sup>53</sup> Gérard CORNU, «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461, 463.

*testamento*»<sup>54</sup>. Or, n'aurait-il pas été logique de déduire une règle similaire du *Code civil du Bas Canada*, lui-même rédigé sur la base de la Coutume de Paris<sup>55</sup>?

Aux termes d'une analyse approfondie de la question<sup>56</sup>, le professeur Marceau se montrait incapable de déceler dans les prohibitions législatives québécoises le signe d'une interdiction plus générale de contracter. À ses dires, bien que le droit québécois participait de l'esprit de la Coutume de Paris, son évolution dans un cadre social et politique différent l'en distinguait profondément<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> «Les conjoints par mariage ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité» : DUMOULIN, *Commentaires*, Paris, 1681, sous l'article 156, n° 5, cité par Louis MARCEAU dans *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 44. Par «contrats nécessaires», il semble qu'on doive entendre les contrats assurant la mise en oeuvre du régime matrimonial sans en constituer la liquidation anticipée, tels le mandat, le prêt et le louage. À cet effet, voir Guillaume CREFF, «Les contrats de la famille», dans Loïc CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Paris, Économica, 1987, p. 245, à la page 255.

<sup>55</sup> En vérité, le Code civil de 1866 n'a fait que coordonner les lois existantes à cette époque dans le Bas Canada et dont les principales dérivait directement de la Coutume de Paris. Or, il appert qu'en matière de prohibition de contracter entre époux, le Code civil ait conservé intactes les règles coutumières : Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, pp. 26-27.

<sup>56</sup> Reconnaisant l'ampleur d'une telle étude, Mignault écrivait : «Mais la prohibition de l'article 1483 s'étend-elle généralement aux actes onéreux entre époux autres que la vente. C'est une grave question que je ne me propose pas de discuter ici.» : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 38.

<sup>57</sup> Citant Saleilles, Marceau rappelait : «[d]u jour où un texte français devient loi étrangère, il se sépare du tronc initial, pour prendre un développement désormais indépendant de toutes les interprétations qui lui seront données dans sa patrie d'origine.» : Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la*

Aussi, le professeur Marceau dégagait-t-il une interprétation nouvelle et originale des règles législatives québécoises, contestant du même coup chacun des arguments soulevés à l'appui d'une interdiction générale de contracter en droit québécois. Énumérons ici la teneur de ces arguments.

Pour justifier leur prétention, les défenseurs de la thèse de l'interdiction soulevaient d'abord la théorie de l'*unitas carnis*. En accord avec cette théorie, on considérait qu'après le mariage, les époux ne formaient plus qu'une seule personne. Résumant les principes de *common law* qui, jusqu'en 1882, enchâssaient une théorie similaire, Sir William Blackstone écrivait :

[Traduction] «Par le mariage le mari et la femme sont une seule et même personne en droit ; l'existence même de la femme est suspendue pendant le mariage, ou est à tout le moins incorporée et consolidée dans celle du mari.»<sup>58</sup>

En admettant la justesse d'un tel raisonnement, on ne pouvait que nier la possibilité de rapports contractuels entre les époux. Comme l'observe le doyen Cornu : «si les époux ne font plus qu'un, tout contrat entre époux tend à l'absurdité du contrat avec soi-même,

---

*province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 29.

<sup>58</sup> Sir William Blackstone cité par Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec - Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 282.

avec un autre soi-même»<sup>59</sup>. Marceau rejetait catégoriquement cette idée. Au Québec, observait-il, les deux époux ont toujours conservé en mariage leur personnalité propre, du moins sur le plan juridique<sup>60</sup>. Faisant siens les propos de Troplong, Marceau observait :

«Les époux ne forment sans doute qu'une seule et même personne, mais ceci n'est vrai qu'au point de vue moral et dans l'ordre des affections. En réalité, il y a dans le mariage deux personnes et deux intérêts.»<sup>61</sup>

Quoiqu'il en soit, la reconnaissance d'une personnalité juridique propre à chacun des époux ne réglait pas la question pour autant. Pour soutenir leur interprétation, les tenants de la thèse de l'interdiction générale de contracter trouvaient également appui sur la nature et la portée des obligations de secours et d'assistance imposées aux époux.

Certes, les époux n'auraient pu déroger au cadre légal du mariage, ce cadre ayant pour fonction d'organiser une institution d'ordre public. Tous, sans exception, ont toujours admis l'impossibilité pour les

---

<sup>59</sup> Gérard CORNU, «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461, 463. Voir également Guillaume CREFF, «Les contrats de la famille», dans Loïc CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Paris, Économica, 1987, p. 245, à la page 255.

<sup>60</sup> Voir, à ce sujet, *infra*, §1, section 1, chapitre 1, partie 3.

<sup>61</sup> Raymond Theodore TROPLONG cité par Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 54. En ce sens, voir également Gérard CORNU, «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461, 464.

conjointes de se soustraire aux règles impératives régissant le statut matrimonial. Or, les tenants de la thèse de l'interdiction générale de contracter poussaient la logique plus loin, en refusant d'admettre toute forme de cohabitation entre obligations légales et obligations contractuelles. Les obligations légales étaient, à leurs dires, les seules à pouvoir régir les rapports s'établissant entre les conjoints, quelle qu'en soit la nature. Le professeur Marceau posait la problématique en ces termes :

«Les époux sont déjà liés par des obligations irrévocables qu'ils ne peuvent modifier même indirectement, or, par définition, un contrat créera entre eux d'autres obligations ; est-il possible que celles-ci puissent, sans les altérer, coexister avec celles-là?»<sup>62</sup>

Après avoir analysé la portée des obligations de secours et d'assistance, Marceau se disait incapable d'admettre la validité d'un tel raisonnement. Traitant d'abord de l'obligation de secours, le professeur considérait qu'on ne pouvait logiquement nier à des personnes tenues de contribuer à un fonds commun ou liées par une obligation alimentaire réciproque le droit de contracter entre elles<sup>63</sup>. Poursuivant avec l'obligation d'assistance, il concluait :

«L'obligation d'assistance à laquelle sont assujettis les

---

<sup>62</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 55.

<sup>63</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 57.

époux, est donc, en droit québécois, incontestablement limitée. Elle ne se rapporte qu'aux services proprement matrimoniaux que des époux sont susceptibles de se rendre en tant qu'époux. Sans doute peut-il s'avérer difficile en pratique d'en déterminer l'exacte étendue, mais sur le plan des principes, la conclusion s'impose : l'obligation d'assistance n'est pas en elle-même illimitée, et elle ne peut être interprétée comme étant un obstacle à tout contrat onéreux dont l'objet serait un service personnel rendu par un époux à l'autre.»<sup>64</sup>

Cela étant, il aurait été faux de prétendre que la doctrine et la jurisprudence reconnaissaient d'emblée la validité de toute convention autre que celles prohibées par le texte de la loi. Chaque contrat faisait plutôt l'objet d'une analyse particulière en fonction de ses objectifs et du type de rapports en résultant<sup>65</sup>.

Ainsi, les auteurs refusaient-ils majoritairement d'avaliser le contrat d'échange entre époux. Comme le signalait le professeur Comtois, l'échange est en réalité une vente double. Or, si une vente simple est prohibée, deux transactions faites simultanément en

---

<sup>64</sup> Louis MARCEAU. *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*. Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 61.

<sup>65</sup> Le professeur Marceau s'était toutefois commis en dégageant le principe suivant : «[t]ous les contrats entre époux sont valables, sauf ceux qui, comme la vente, ont pour but unique d'opérer entre leurs patrimoines respectifs une mutation de propriété.» À son avis, il convenait donc de distinguer les contrats onéreux pouvant servir les intérêts du ménage et ceux ne pouvant servir que les intérêts séparés du mari et de la femme, les premiers étant valides et les seconds nuls : Louis MARCEAU. *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 156.

contre-prestations doivent également être interdites<sup>66</sup>.

À l'opposé, tant le contrat de prêt<sup>67</sup> que le contrat d'hypothèque étaient généralement reconnus valides par la jurisprudence et par la doctrine<sup>68</sup>. La loi accordant à l'épouse une hypothèque légale pour garantir les réclamations qu'elle pourrait détenir contre son mari en raison de ce qu'elle aurait reçu ou acquis pendant le mariage par succession, héritage ou donation<sup>69</sup>, il aurait été pour le moins surprenant qu'on interdise l'hypothèque conventionnelle. Outre cet argument d'intention législative, le professeur Marceau soulevait le caractère bénéfique du contrat d'hypothèque dans le cadre conjugal :

---

<sup>66</sup> Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, Montréal, 1964, p. 210. Au même effet, voir aussi Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 174 et Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 38. Comparer BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 3, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Larose et Forcel, 1893, pp. 309-310.

<sup>67</sup> Le contrat de prêt est concevable entre époux mariés sous un régime communautaire avec biens réservés ou sous un régime de séparation de biens.

<sup>68</sup> *Hogue et Dupuy c. Dame Cousineau et la Société de Construction de Montarville*, (1879) 23 L.C.J. 276 (C.S.); *Banque de Toronto c. Perkins*, (1879) 9 R.L. 562 ; *Irvine c. Lefebvre*, [1893] 4 C.S. 75 ; *Déry et vir c. Paradis*, (1901) 10 B.R. 227 ; *Allard c. Legault*, [1945] C.S. 287. Voir également *Vaillancourt c. David*, [1945] B.R. 553 ; Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 178 et pp. 184-186 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 47 et suiv. ; Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, Montréal, 1964, pp. 210-212 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899, p. 38.

<sup>69</sup> C.c.B.C., art. 2029.

«Le contrat de constitution d'hypothèque est un contrat éminemment utile, susceptible d'aider les époux et même d'affermir leur union, puisqu'il les incitera à se secourir pécuniairement l'un l'autre, ou, tout au moins, les mettra en position de suspendre, sans risque, les demandes en remboursement qu'ils pourraient faire valoir l'un contre l'autre.»<sup>70</sup>

De même, le contrat de dation en paiement volontaire entre les époux était reconnu valide. Après quelques tergiversations de la doctrine<sup>71</sup> et de la jurisprudence<sup>72</sup>, la Cour d'appel du Québec avait définitivement tranché le débat en 1954 en affirmant :

---

<sup>70</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 178.

<sup>71</sup> La majorité des auteurs reconnaissait la validité de ce type de conventions, en raison du fait qu'on ne pouvait transposer la prohibition relative à la vente à la dation en paiement en l'absence de texte précis et des distinctions fondamentales qui séparent les deux opérations juridiques : voir François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 5, Montréal, Wilson et Lafleur, 1907, p. 21 ; Antonio PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2, Montréal, Albert Lévesque, 1936, p. 195 ; Yves LABONTÉ, *La dation en paiement entre mari et femme*, Montréal, Éditions Thémis, 1954-55, p. 110 et suiv. Voir également Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 164 et suiv. ; Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, pp. 206-209. D'autres, cependant, étendaient la prohibition en assimilant la dation en paiement à la vente : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 7, Montréal, Théorêt, 1906, p. 39 et suiv. ; Henri TURGEON, «Jurisprudence», (1931) 34 *R. du N.* 179, 186 ; Henri TURGEON, «Jurisprudence», (1931) 34 *R. du N.* 281 ; Henri TURGEON, «Jurisprudence» (1938) 40 *R. du N.* 476, 481 ; Louis-Philippe SIROIS, «Dation en paiement entre époux» (1915) 17 *R. du N.* 193 ; William de Montmollin MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932, p. 201.

<sup>72</sup> En faveur de l'admissibilité, voir notamment : *Arthur c. Baillargeon*, (1919) 55 C.S. 360 ; *Larivière c. Gauthier et vir.* (1921) 59 C.S. 420 ; *Gagnon et vir.* (1915) 16 R.P. 204 (C.S.) ; *Prévost c. Aubin et Juteau*, (1931) 69 C.S. 354. En défaveur, voir : *Legault c. Laliberté*, [1951] C.S. 232.



«La capacité est la règle ; l'incapacité l'exception. Or notre loi ne stipule pas l'incapacité des époux de contracter par dation en paiement. Elle permet aux époux de contracter des obligations l'un envers l'autre ; le prêt n'est certainement pas défendu. Si celui qui est débiteur envers son conjoint ne pouvait rembourser qu'en deniers, ce serait le placer souvent dans une position bien difficile.»<sup>73</sup>

Pareillement, le contrat de louage de chose n'apparaissait nullement problématique<sup>74</sup>. Pour le professeur Marceau, il valait mieux qu'une personne ait pour bailleur son conjoint plutôt qu'un tiers. Les contrats de partage et de transaction étaient également reconnus valables, le premier parce que non translatif de propriété<sup>75</sup> et le second en raison de son objectif propre : si la préoccupation première du législateur était de sauvegarder l'accord et l'harmonie dans le couple, la transaction était certainement le contrat qui

---

<sup>73</sup> *Meunier et autres c. Les héritiers de Dame Dubois et la Société Saint-Jean-Baptiste, mise en cause* [1954] B.R. 767. Dans le même sens, voir *Dame Lefebvre et autres c. Cartierville Lumber et autres*, [1955] B.R. 474.

<sup>74</sup> Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 7, Montréal, Théorêt, 1906, p. 225 ; *Traité de droit civil de la province de Québec*, t. 12, par Léon FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1951, p. 47 ; Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, pp. 187-188 ; *Dame Legault c. Bourque*, (1870) 15 L.C.J. 72 (C.S.).

<sup>75</sup> Voir les anciens articles 746 et 747 du C.c.B.C. Voir également l'ancien article 1279 C.c.B.C. qui reconnaissait la possibilité qu'une personne se porte adjudicataire d'un immeuble dont son conjoint était copropriétaire par indivis. Pour plus de détails sur la question, voir Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, pp. 179-180 et *Traité de droit civil du Québec*, t. 11, par Léon FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1961, p. 128.

permettait le mieux d'y parvenir<sup>76</sup>.

Cela étant, deux types de contrat soulevaient d'importantes interrogations quant à leur validité : le contrat de louage de services et le contrat de société. Examinons rapidement la teneur des arguments invoqués de part et d'autre.

Avant l'établissement de la pleine capacité juridique de la femme mariée le 1<sup>er</sup> juillet 1964<sup>77</sup>, certains entretenaient des doutes sur la compatibilité du rapport d'égalité résultant du contrat de société, et dans certains cas, du rapport de subordination pouvant découler du contrat de travail, avec le statut matrimonial du mari et de la femme et plus spécifiquement, avec la puissance maritale. Selon eux, la hiérarchie voulue par le législateur entre le mari et sa femme était impérative et ne pouvait en aucune circonstance être renversée<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Voir *Dame Tremblay c. Chartrand*, [1957] B.R. 456, confirmé par [1958] S.C.R. 99 ; Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 181 ; *Traité de droit civil du Québec*, par Hervé ROCH et Rodolphe PARÉ, t. 13, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 549 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Thémis, 1909, p. 305.

<sup>77</sup> *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66.

<sup>78</sup> En somme, on refusait d'admettre la validité du contrat de travail dans la mesure où le mari y était réduit au rôle de préposé. À propos du contrat de société entre époux, Planiol résume bien l'objection : «[l]'état de mariage est la subordination d'une personne à une autre; l'association exige au contraire l'égalité parfaite des associés. L'existence d'une société entre époux est donc incompatible avec les devoirs de leur situation et avec la puissance maritale.» (cité dans Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, C.N.R.S., 1990, p. 221).

En droit québécois, rétorquait le professeur Marceau, cette objection ne pouvait s'avérer fondée, en raison de la finalité reconnue à l'incapacité juridique de la femme mariée. Contrairement au droit français antérieur à 1938 en vertu duquel la puissance maritale et l'incapacité juridique de la femme mariée se justifiaient par son état d'infériorité et son inexpérience<sup>79</sup>, le droit québécois n'a jamais voulu sanctionner une hiérarchie absolue entre le mari et la femme. En somme, la subordination de la femme mariée ne visait qu'à assurer, au sein du foyer, une unité de direction nécessaire à l'ordre. À cet égard, François Langelier écrivait d'ailleurs :

«Chez nous au contraire, on ne traite pas la femme comme si elle perdait la tête en se mariant et l'on suppose qu'elle a autant de capacité pour les affaires qu'avant son mariage. Si elle a besoin de l'autorisation de son mari, ce n'est pas parce qu'on veut la protéger, mais parce qu'on veut la forcer ainsi à respecter l'autorité maritale.»<sup>80</sup>

Poussant le raisonnement plus loin, le professeur Marceau ajoutait :

«Le mari est le chef, il commande et doit être obéi, mais son droit ne s'étend qu'à ce qui touche l'ordre de la

---

<sup>79</sup> D'où la maxime latine «*Propter imbecillitatem aut infirmitatem sexus*».

<sup>80</sup> François LANGEЛИER. «De la validité des aliénations et constitutions d'hypothèque faites en vertu d'une procuration générale d'une femme mariée». (1896) 2 *R.L.n.s.* 559, 561.

famille et rien de plus. Nous admettons très facilement la possibilité d'abus d'influence entre époux : c'est un danger qui résulte de la nature des choses, et qu'on ne pourra jamais éviter ni même atténuer, tant que l'on reconnaîtra chez les époux deux personnalités juridiques distinctes. Mais nous nions que la puissance maritale, telle qu'elle est consacrée par le droit québécois moderne, rende le danger plus imminent.»<sup>81</sup>

Bien sûr, la capacité de la femme mariée de contracter variait en fonction de son régime matrimonial. Ainsi, sous le régime de la communauté de biens, elle se trouvait placée dans une situation analogue au nu-propriétaire relativement à la jouissance de son bien grevé d'usufruit : ses actes étaient privés d'efficacité, non par suite d'une quelconque incapacité, mais d'une simple absence de droit : «[a]utre chose est l'incapacité de la femme, autre chose son défaut de droit résultant des pouvoirs que le régime matrimonial confère au mari sur ses biens»<sup>82</sup>.

Cela dit, le législateur abolissait officiellement la puissance maritale le 1<sup>er</sup> juillet 1964<sup>83</sup>. On aurait pu croire qu'une telle intervention aurait clos le débat de façon définitive, mais il n'est pas certain que l'on puisse véritablement tirer cette conclusion. En France, malgré l'établissement d'une égalité dans les rapports

---

<sup>81</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 80.

<sup>82</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 80.

<sup>83</sup> *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L.Q. 1964, c. 6.

conjugaux dès 1938, certains auteurs français continuaient à soutenir l'irrecevabilité d'un contrat aux termes duquel le mari était le préposé de son épouse :

«Si la femme n'est pas en état d'infériorité par rapport à son mari, elle n'est pas devenue son égale, et on ne doit pas tolérer qu'elle puisse au moyen d'un contrat mettre son mari dans la situation d'un subordonné.»<sup>84</sup>

Du reste, la doctrine et la jurisprudence<sup>85</sup> ne voyaient pas d'autres obstacles sérieux à l'établissement d'un contrat de travail<sup>86</sup>, pour autant que les services rémunérés ne découlent pas de l'aide et de l'assistance que les conjoints se doivent mutuellement en raison du mariage. Il est évident que l'exécution des obligations légales n'aurait pu donner lieu à une rémunération, une telle convention, aux dires du professeur Marceau, devant être considérée comme une libéralité illicite et étant de nature à porter définitivement atteinte

---

<sup>84</sup> Jean HÉMARD, «Les contrats à titre onéreux entre époux», (1938) 37 *Rev. trim. dr. civ.* 671, 706.

<sup>85</sup> Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 6, Montréal, Théorêt, 1902, p. 400 ; *Traité de droit civil de la province de Québec*, t. 10, par Léon FARIBAULT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, p. 431 ; *Marchand c. Trakas et Dame Preden*, (1919) 55 C.S. 543. Voir également *Savard c. Dame Letellier*, (1915) 22 R.L.n.s. 280 (C.S.) ; *Bank of Montreal c. Besner et Dame Gross*, (1927) 43 B.R. 148.

<sup>86</sup> Quant au contrat de louage de services entre époux mariés sous le régime de la communauté de biens, voir Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, pp. 197-198 ; Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 218.

à la dignité du mariage<sup>87</sup>.

Par ailleurs, bien avant 1964, le législateur provincial reconnaissait lui-même la possibilité d'un contrat de travail entre une femme et son mari en prévoyant spécifiquement l'hypothèse dans différentes lois à caractère social<sup>88</sup>. Il s'agissait là, il va sans dire, d'un élément déterminant à l'appui de la reconnaissance d'un tel contrat entre époux.

Quant au contrat de société, d'autres arguments sérieux étaient soulevés à l'encontre de sa validité. D'abord, on prétendait que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et la prohibition des donations et des ventes entre époux pourraient être facilement contournés si l'on reconnaissait la possibilité d'une société entre eux. Selon Antonio Perreault, en permettant aux époux de s'associer, on ouvrait la porte aux abus et on fournissait à certains l'occasion de se mettre à l'abri de leurs créanciers<sup>89</sup>. En désaccord avec cet argument, le professeur Comtois écrivait :

«Nous ne croyons pas que cet argument ait tellement de

---

<sup>87</sup> Louis MARCEAU. *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*. Montréal. Wilson et Lafleur. 1960. pp. 195-196.

<sup>88</sup> *Loi sur les accidents du travail*, S.R.Q. 1941, c. 160, art. 11 ; *Loi des établissements industriels et commerciaux*, S.R.Q. 1941, c. 175, art. 8 et *Loi de l'impôt provincial sur le revenu*, S.Q. 1954, c. 17, art. 25.

<sup>89</sup> Antonio PERRAULT. *Traité de droit commercial*, t. 2. Montréal. Albert Lévesque. 1936. p. 398.

valeur, puisque tous les contrats peuvent être l'occasion, pour les époux, de se faire des donations déguisées et prohibées ou encore de tenter de frauder les créanciers. Et pourtant, tous les contrats ne sont pas défendus entre époux.»<sup>90</sup>

En outre, certains contestaient le contrat de société entre époux sur la base de l'ancien article 1301 du Code civil. Aux termes de cette disposition, rappelons-le, la femme ne pouvait valablement s'obliger avec ou pour son mari qu'en qualité de commune. Or, on sait que dans les sociétés, les associés sont solidairement responsables des dettes de la société. Ainsi, l'épouse agissant en société avec son mari s'exposait à payer toutes les dettes de la société, même sur sa part. Selon le professeur Comtois, cette situation impliquait un cautionnement défendu par l'article 1301 du Code.

Le professeur Marceau refusait pour sa part d'y voir une telle conséquence:

«Les biens propres qu'elle [la femme] apporte dans la société ne constituent pas le gage des créanciers personnels et exclusifs du mari, mais des créanciers de cette société dans laquelle elle est, elle-même, première intéressée. Bien sûr, la femme pourra être tenue des dettes de la société pour plus que sa part réelle, et même indéfiniment si la société est commerciale; seulement ce sera parce que la loi veut que les dettes d'un société soient les dettes propres de chacun de ses membres, et non pas parce que la femme

---

<sup>90</sup> Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 215.

aura pris sur elle les engagements personnels de son mari.»<sup>91</sup>

De même, aux dires du professeur Marceau, inclure le contrat de société au rang des actes prohibés aurait enlevé aux conjoints mariés sous le régime de la séparation de biens la possibilité d'unir davantage leurs destinées pécuniaires et de mieux collaborer ensemble au bien matériel de leur foyer<sup>92</sup>, ce qui ne pouvait avoir été voulu par le législateur.

Notons enfin que la jurisprudence rendue sur le sujet n'était pas d'un grand secours. Les tribunaux qui avaient eu à se pencher sur la validité d'un contrat de société entre époux n'avaient jamais tranché la question de façon catégorique, si bien que leurs décisions servaient d'arguments tant pour les tenants de la thèse de l'admissibilité que pour les autres<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 216.

<sup>92</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 217. Dans le même sens, le doyen Cornu écrivait : «Nul contrat, d'ailleurs, ne semble s'harmoniser avec l'association conjugale, aussi bien que le contrat de société» : Gérard CORNU, «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461, 464. Voir également Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, C.N.R.S., 1990, pp. 220-221.

<sup>93</sup> Voir notamment *Champagne c. Gougeon*, (1939) 77 C.S. 76; *Guertin c. Brunet*, (1918) 27 B.R. 123 ; *Robin Hood Mills c. Dame Silverman*, (1936) 74 C.S. 15. Voir également l'interprétation que font de ces affaires les professeurs Marceau et Comtois : Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, pp. 217-220 ; Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, pp. 216-217.



C'est précisément le 1<sup>er</sup> juillet 1970 que le législateur abrogeait toutes les prohibitions contractuelles imposées aux conjoints et écartait du même coup les développements doctrinaux et jurisprudentiels s'y rattachant<sup>94</sup>. À compter de cette date, les époux ont donc pu passer entre eux toute sorte de conventions, comme s'ils étaient de purs étrangers l'un à l'égard de l'autre. Dans les notes explicatives accompagnant la nouvelle législation, le Comité des régimes matrimoniaux de l'Office de révision du Code civil écrivait :

«Le projet propose l'abolition pure et simple [des prohibitions contractuelles] qu'on dit restreindre inutilement et vainement la liberté des époux. Il faut dire toutefois que l'un des auteurs du projet se déclare formellement opposé à une telle argumentation et aux conclusions qu'on en tire. S'il reconnaît qu'il n'y a aucune raison d'empêcher la femme de s'engager pour son mari - le cautionnement, malgré le danger qu'il recèle, étant avant tout un acte d'entraide [sic] tout à fait conforme à l'esprit du mariage - il est toutefois d'avis que les autres prohibitions sont de nature à protéger, non pas seulement les époux et les tiers, mais aussi et surtout l'union conjugale elle-même qui, pour s'épanouir et se maintenir, requiert un climat difficilement comparable à celui qui convient aux tractations d'affaires.»<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77. Pour un aperçu général des assouplissements législatifs apportés aux anciennes prohibitions en France, voir Guillaume CREFF, «Les contrats de famille», dans Loïc CADIER (dir.), *Le droit contemporain des contrats: bilan et perspectives*, Paris, Economica, 1987, p. 245.

<sup>95</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport du Comité des régimes matrimoniaux - Notes explicatives (Loi concernant les régimes matrimoniaux)*, Québec, Publications du Québec, 1968, rapporté dans *Le manuel du notaire*, vol. 1, Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 1970, pp. 14-15.

Malgré les résistances de certains, il semble donc que les fondements des anciennes prohibitions soient apparus archaïques à l'ensemble des intervenants appelés à se prononcer sur la problématique. Et puisque l'adoption d'une loi accuse souvent un retard sur la réalité sociale, on peut valablement présumer qu'à compter du début des années '60, on commençait déjà à s'interroger sur l'opportunité de maintenir de telles interdictions<sup>96</sup>.

Bien qu'aucune étude scientifique n'ait été publiée depuis l'abolition des prohibitions législatives sur la fréquence et les effets des conventions patrimoniales entre mari et femme, une vérification menée auprès de plusieurs notaires nous a permis de constater certains faits.

D'abord, les conjoints qui se font des donations durant le mariage ou passent entre eux des contrats de vente le font généralement à des fins de planification financière et fiscale. Le plus souvent, un époux transfère à l'autre un immeuble ou un autre bien de valeur significative avant de se lancer en affaires ou pour protéger ses actifs d'une éventuelle réclamation.

Loin de miner le climat conjugal, ces transferts servent plutôt à protéger et à préserver le patrimoine de la famille. Règle générale,

---

<sup>96</sup> Ainsi, le professeur François Terré évoque la pente qui favorise, de manière plus ou moins forte, l'alignement du droit sur le fait, même dans les rapports de famille. Il faut donc en conclure que le fait précède souvent la loi : François TERRÉ, «À propos de l'autorité parentale», (1975) 20 *Archives de philosophie du droit* 45, 48.

la vente ou la donation ne fait pas suite à un processus de négociation entre les conjoints, comme le craignaient certains, mais s'inscrit dans un cadre plus général de planification et d'organisation des affaires. S'il arrive parfois qu'un climat de tension se développe au cours de la transaction, on doit plus souvent qu'autrement l'attribuer aux difficultés d'ordre économique que peuvent vivre conjointement les époux et non aux pourparlers et négociations ayant précédé le transfert de propriété.

Des donations sont également effectuées dans le but de rétablir l'équilibre économique entre les conjoints mariés sous le régime de la séparation de biens. En fait, il arrive parfois qu'un conjoint fasse donation à l'autre d'un actif de valeur importante en contrepartie de sa contribution au foyer. Certains couples prennent eux-mêmes conscience de la valeur du travail au foyer et souhaitent le reconnaître formellement durant le mariage.

Évidemment, comme nous l'avons mentionné au chapitre 2, de tels transferts sont beaucoup moins fréquents depuis l'introduction du patrimoine familial le 1<sup>er</sup> juillet 1989<sup>97</sup>. Plusieurs considèrent, à tort ou à raison, que le patrimoine familial suffit à lui seul à rétablir tous les déséquilibres ayant pu être causés par le mariage. En outre, la plupart des époux acquièrent maintenant la résidence familiale en copropriété indivise. Aux yeux de plusieurs, la moitié possédée par chaque conjoint représente sa juste part dans

---

<sup>97</sup> *Supra*, item 1. §2, section 2, chapitre 2, partie 1.

l'entreprise commune qu'est le mariage, quelle que soit la nature de sa contribution. Dans une telle perspective, les donations visant à rééquilibrer les patrimoines en cours de mariage apparaissent moins nécessaires.

Par ailleurs, les conjoints sont fréquemment appelés à cautionner personnellement ou réellement leurs engagements respectifs auprès d'institutions financières ou d'autres créanciers. Les conjoints semblent considérer normal et légitime de contribuer à l'obtention du financement dont l'autre peut avoir besoin et qui, dans certains cas, bénéficiera directement ou indirectement à l'ensemble des membres de la famille.

Tant dans les cas de ventes, de donations que de cautionnement, la crainte de voir les rapports entre conjoints s'antagoniser ne semble donc pas s'être confirmée. Quant aux inquiétudes que l'on entretenait relativement aux abus d'influence de la part du mari, elles étaient peut-être justifiées dans le contexte traditionnel où la femme était subordonnée à son époux, mais elles se sont progressivement dissipées avec la redéfinition du portrait conjugal. Le mari et la femme pouvant désormais prétendre à des rapports de plus en plus égalitaires, non seulement au point de vue juridique mais également au plan social, les abus d'influence ne sont plus de nature à caractériser les échanges contractuels de nature patrimoniale entre conjoints.

## **Conclusion du chapitre**

L'analyse du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et des anciennes prohibitions légales de contracter est très révélatrice de la représentation du couple marié et du contrat véhiculée par la doctrine juridique classique.

Tel qu'on a pu le constater, le couple était essentiellement perçu comme un lieu d'harmonie, d'entraide et de paix que l'on devait s'efforcer de soustraire aux causes de discorde et de division. À l'opposé, le contrat était généralement présenté comme un mécanisme d'opposition d'intérêts, susceptible d'engendrer des marchandages et des abus d'influence.

Dans cette perspective, contrat et couple apparaissaient difficilement compatibles. D'ailleurs, la dissidence d'un des membres du Comité des régimes matrimoniaux exprime fort bien cette idée. Celui-ci laissait entendre qu'en levant la prohibition relative aux contrats de vente et de donations entre conjoints, on risquait d'introduire dans le couple un climat non propice à l'épanouissement et au maintien du mariage. On reconnaît là les objections du professeur Marceau précédemment exposées.

À cet égard, il est intéressant de rappeler qu'aux yeux du professeur Marceau, tous les contrats n'apparaissaient pas nécessairement incompatibles avec l'esprit du mariage. À ses dires, certains

contrats n'étaient pas de nature à compromettre l'équilibre du couple et pouvaient même contribuer à consolider les liens entre les conjoints et à renforcer leur solidarité mutuelle. Pour illustrer ses prétentions, Marceau référait principalement au contrat d'hypothèque, au contrat de louage, à la transaction, de même qu'au contrat de société.

Selon lui, ce n'était donc pas le contrat en soi qui présentait une incompatibilité avec l'esprit du mariage, mais, dépendamment des cas, ses objectifs et éventuellement, l'usage qu'on en faisait et l'orientation qu'on entendait lui donner. L'éminent juriste a cependant omis de considérer qu'un contrat de vente ou de donation pouvait également faire l'objet d'une utilisation compatible avec le mariage, telles qu'en font foi les données que nous avons recueillies sur les pratiques contractuelles contemporaines entre conjoints. Les conventions de nature patrimoniale que passent les conjoints suite à la célébration du mariage, qu'il s'agisse d'actes de donation ou de vente, ne donnent pas lieu aux confrontations d'intérêts et aux abus d'influence anticipés. Au contraire, il semble que les conjoints contractent généralement dans leur intérêt commun, contribuant ainsi à consolider leur relation.

Quoiqu'il en soit, si le législateur a abandonné le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales et a abrogé les prohibitions légales de contracter, c'est sans doute parce qu'il s'est lui-même affranchi du sentiment de méfiance jadis entretenu à

l'égard des rapports contractuels entre conjoints. En fait, la logique contractuelle ne lui apparaît plus systématiquement incompatible avec l'esprit du mariage. Sans doute pouvons nous voir dans ces interventions législatives une certaine ouverture du droit positif à l'idée d'introduire une plus grande rationalité contractuelle dans le couple.

## **CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE**

Cette première partie aura permis de tracer un portrait général du régime juridique québécois en matière matrimoniale, tel qu'il existe aujourd'hui et tel qu'il existait autrefois. Nous aurons pu constater les limites de plus en plus importantes qu'impose le législateur à la liberté contractuelle des conjoints. Nous aurons pu également constater la portée extrêmement restreinte du contrat de mariage, tout en prenant acte des facteurs susceptibles d'en expliquer la désuétude actuelle.

Enfin, l'étude du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et des prohibitions légales de contracter qui ont prévalu jusqu'en 1970 aura permis d'apporter un certain éclairage sur la conception du couple et du contrat traditionnellement véhiculée par le législateur et les juristes et sur les pratiques contractuelles qui ont suivi leur abrogation respective. On aura compris que le législateur n'envisage plus nécessairement le rapport entre conjugalité et contrat sous l'angle de l'antinomie. À certains égards, il n'hésite plus à reconnaître les conjoints comme deux individus à part entière capables de contracter malgré les liens intimes qui les unient.



Avant d'aborder la dynamique interne et la normativité propre à la relation conjugale à travers les époques, objet de la seconde partie, il nous semble intéressant de conclure cette première partie en nous attardant quelque peu à la nature juridique du mariage. Que traduit l'évolution récente du droit positif sur la nature juridique du mariage? Sachant qu'on présente généralement l'institution en opposition au contrat<sup>1</sup>, peut-on déceler dans les interventions législatives des dernières décennies une volonté d'«institutionnaliser» davantage le mariage et en quoi cette évolution est-elle de nature à confronter une approche du mariage principalement basée sur le contrat?

Mazeaud et Mazeaud opposent «contrat» et «institution» de la façon suivante :

«Le contrat est un acte juridique né de l'accord de volonté de deux ou plusieurs personnes, qui crée des obligations, un lien de droit entre les contractants. Les volontés des contractants sont toutes-puissantes pour régler à leur guise les modalités de leur contrat. [...] Toutes-puissantes aussi pour y mettre fin, ou le modifier par leur accord. [...] Au contrat s'oppose "l'institution". Il s'agit d'une situation juridique dont les règles, les cadres, sont fixés à l'avance par le législateur, en dehors de la volonté des intéressés. Certaines institutions s'imposent à l'individu ; ainsi, le

---

<sup>1</sup> Sur la question du mariage-institution et du mariage-contrat, voir COSTE-FLORET, «La nature juridique du mariage», Thèse Montpellier, 1935, citée dans Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 16, à la note 1. Voir également Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, pp. 88-94.

citoyen n'est pas libre d'échapper aux cadres de l'État. Même lorsqu'il est libre de se soumettre ou non à une institution, l'individu, s'il consent à s'y soumettre, doit l'accepter telle qu'elle est, sans pouvoir modifier les règles qui la gouvernent.»<sup>2</sup>

Certes, le mariage comporte depuis toujours des caractéristiques du contrat. Ainsi, au plan juridique, sous réserve de certaines restrictions relatives au sexe, à l'âge et à la consanguinité, chacun demeure libre d'apporter son consentement au mariage et de choisir son conjoint<sup>3</sup>. Sur d'autres plans, le mariage se rapproche toutefois de l'institution, telle que définie par Mazeaud et Mazeaud. Contrairement à d'autres contractants, les conjoints ne peuvent pas mettre fin à leur relation d'un commun accord. Ils doivent impérativement se soumettre à la procédure du divorce<sup>4</sup>. Également, comme l'a révélé le chapitre portant sur le cadre impératif du mariage, les effets du mariage échappent pour la plupart à leur volonté<sup>5</sup>. En principe, les époux ne peuvent pas eux-mêmes délimiter

---

<sup>2</sup> Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1976, p. 49.

<sup>3</sup> C.c.Q., art. 365 al. 2 et 373 (1) et (4). Voir Jean RHÉAUME, *Droits et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990, pp. 207 et 210. Pour une perspective économique du choix du conjoint, voir Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5<sup>e</sup> éd., Boston, Little, Brown and Company, 1998, p. 159.

<sup>4</sup> Il faut toutefois noter que le divorce s'est beaucoup contractualisé au cours des dernières décennies, ce qui, incidemment, ajoute au caractère contractuel du mariage. Nous reviendrons d'ailleurs sur la question dans la troisième partie.

<sup>5</sup> Le mariage serait donc de nature hybride. Comme l'expliquent Mireille D. Castelli et Éric-Olivier Dallard, la solution serait peut-être de considérer le mariage comme une institution qui tire son origine du contrat : Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier

le cadre de leur engagement.

À cet égard, nous avons pu constater qu'au cours des dernières décennies, le législateur a multiplié les règles impératives applicables aux conjoints, fixant leurs relations patrimoniales à l'intérieur d'un cadre de plus en plus restreint. Jamais sa politique législative n'a été, depuis 1866, marquée d'une attitude aussi interventionniste.

Devons-nous y déceler une volonté d'«institutionnaliser» davantage le mariage? Si institutionnaliser signifie réglementer, comme le laissent d'ailleurs entendre les propos de Mazeaud et Mazeaud, on ne peut répondre qu'affirmativement à cette question.

Une telle définition de l'institution nous paraît cependant réductrice, puisqu'elle ne traduit pas véritablement la portée ou l'importance sociale qu'on attache fondamentalement au statut institutionnel. À notre avis, une institution ne se résume pas à un ensemble de règles imposées par l'État dans un secteur donné. Au-delà du cadre établi par le droit, une institution participe de la stabilité de la société. Elle s'enracine dans les moeurs pour y être un jour intégrée. Et c'est en raison de son importance sociale que le législateur se sent justifié de la protéger en lui procurant un encadrement légal.

Ainsi, on a longtemps prétendu que le mariage était une institution parce qu'on lui reconnaissait une finalité sociale et qu'une large majorité de personnes adhéraient à ses valeurs<sup>6</sup>. Et c'est l'importance sociale du mariage qui justifiait qu'on en consolide juridiquement les bases.

Or, si le législateur est intervenu au cours des dernières décennies pour encadrer plus étroitement la relation conjugale, est-ce vraiment pour consolider ou raffermir les fondements du mariage en tant qu'institution? Il est permis d'en douter. Tel que nous l'avons mentionné, la plupart des nouvelles règles impératives ont été introduites dans le Code civil en réaction à la montée du taux de divorce. Par la prestation compensatoire, les mesures de protection de la résidence familiale et des meubles du ménage et le patrimoine familial, le législateur souhaitait manifestement atténuer les injustices économiques susceptibles de se produire lors d'une éventuelle rupture. À notre avis, une telle volonté ne peut vraisemblablement être associée à une politique favorisant le mariage en tant que véritable institution; elle ne peut que traduire le souci de l'État d'instaurer l'égalité et l'équilibre économique entre les conjoints, notamment au jour de la dissolution de leur mariage.

---

<sup>6</sup> La sociologue Jocelyne Valois définit d'ailleurs l'institution comme étant un ensemble structuré de valeurs, de normes, de rôles et de comportements partagés par un certain nombre d'individus : Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille au Québec*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 5.

D'ailleurs, lorsqu'on analyse certaines modifications apportées au droit des conventions matrimoniales au cours des dernières décennies, on est plutôt porté à croire que le législateur accorde de moins en moins d'importance au mariage. Pensons simplement au régime des donations par contrat de mariage. Comme nous l'avons vu, la plupart des dispositions particulières applicables aux donations par contrat de mariage qui traduisaient la faveur que le législateur accordait jadis au mariage ont été abrogées lors des réformes de 1980 et 1994. Le législateur semble donc considérer qu'il n'est plus opportun de reconduire des privilèges autrefois justifiés par l'importance sociale et juridique du mariage.

Également, l'entrée de l'union de fait dans le domaine du licite à la suite de l'abrogation en 1981 de l'ancien article 768 du *Code civil du Bas Canada* laisse croire que le législateur admet d'autres modes de vie à deux que le mariage. Incidemment, le mariage ne jouit plus de l'exclusivité et perd quelque peu de son prestige juridique. Sous l'angle du droit, le mariage n'est plus le seul moyen de former un couple.

En somme, on ne saurait voir dans la réglementation accrue du mariage une volonté législative d'institutionnaliser davantage le mariage, si tant est qu'on accorde à ce terme une portée non pas strictement réglementaire, mais socio-juridique. Ainsi, les mesures impératives ajoutées au Code civil dans les années '80 ont peut-être réduit la liberté contractuelle des conjoints, mais elles ne

représentent pas pour autant un obstacle conceptuel à l'idée d'introduire dans le couple une plus grande rationalité contractuelle.

## DEUXIÈME PARTIE

### L'ORDRE PRIVÉ DU MARIAGE

L'ordre privé du mariage<sup>1</sup> a beaucoup évolué au cours des cinquante dernières années. Les changements socio-économiques qui se sont succédés les uns après les autres ont provoqué, dans toutes les sociétés occidentales, un renversement des valeurs et des principes qui cimenteraient depuis toujours la relation conjugale<sup>2</sup>. «De mémoire d'historien, écrit Louis Roussel, jamais bouleversement ne fut aussi important et brusque.»<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Par «ordre privé» du mariage, nous référons à l'ordre normatif non étatique qui encadre, directement et indirectement, les rapports entre conjoints. Sur la notion d'«ordre normatif privé» en général, voir Marc GALANTER, «Justice Has Many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law», (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism* 1. Pour une utilisation de ce concept en matière de sous-traitance industrielle, voir Jean-Guy BELLEY, «Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle : une étude de cas», (1996) 37 *C. de D.* 37.

<sup>2</sup> Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstitutionnée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 107. Voir aussi Renée B. DANDURAND, «Introduction : La vie familiale en transformation», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 9.

<sup>3</sup> Louis ROUSSEL, «Données démographiques et structures familiales», (1987) 37 *L'année sociologique* 45, 49. Voir également, du même auteur, «Démographie : deux décennies de mutations», document présenté à la 5<sup>e</sup> conférence mondiale de la Société internationale du droit de la famille, 8 au 14 juillet 1985, Bruxelles, Belgique, 1985 [non publié].

Il n'y a pas si longtemps, la conjugalité ne pouvait se concevoir autrement qu'à travers le mariage. Institution sacrée dont les fondements apparaissaient immuables, le mariage définissait les objectifs et les rôles conjugaux en termes d'impératifs sociaux, économiques et religieux.

Tel n'est plus cas aujourd'hui. Au-delà de la valeur symbolique et rituelle que tous lui reconnaissent encore<sup>4</sup>, les bases et les conceptions du mariage se sont transformées. La rigidité du cadre matrimonial d'autrefois a fait place à une certaine souplesse et son caractère institutionnel s'est effrité au profit d'une certaine privatisation des rapports conjugaux. Qui plus est, le mariage n'est plus le seul mode d'organisation des rapports conjugaux avalisé par la société<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Claude MICHAUD, «Le mariage et la famille : des réalités déssoudées», dans CONSEIL DE LA FAMILLE. *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 195 ; Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 10. Voir également Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 77 et suiv. ; Jean KELLERHALS et Louis ROUSSEL, «Les sociologues face aux mutations de la famille : Quelques tendances de recherches 1965-1985», (1987) 37 *L'Année sociologique* 15, 33 et Louis ROUSSEL, «L'évolution de la notion de couple en Europe», dans Association nationale des assistants de service social (A.N.A.S.), *Couple, famille et société*, XL<sup>e</sup> congrès de l'A.N.A.S., Paris-Sorbonne, 1985, p. 15, à la page 21.

<sup>5</sup> Voir d'ailleurs Évelyn LAPIERRE-ADAMCYK, Tattamangalam R. BALAKRISHNAN et Karol J. KROTKI, «La cohabitation au Québec, prélude ou substitut au mariage? Les attitudes des jeunes Québécoises», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 27, particulièrement à la page 44. Voir également Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 207. Voir enfin l'opinion de Roderick A. MACDONALD dans «Redéfinir le mariage», *Le Journal du Barreau*, vol. 31, n° 16, 1<sup>er</sup> octobre 1999, p. 26.



Après avoir analysé, dans le premier chapitre, la dynamique interne de la relation conjugale au cours des dernières décennies, nous tenterons, dans le chapitre suivant, d'identifier les sources normatives qui en ont assuré le fonctionnement jusqu'à ce jour. Cette étude devrait nous permettre de saisir l'ampleur et la portée des transformations subies.

Ce détour sociologique et psycho-sociologique, est-il utile de le répéter, se justifie par l'objectif que poursuit la présente thèse. Lorsqu'on cherche à savoir si les changements qui ont transformé la relation conjugale au cours des dernières décennies permettent de justifier le remplacement des modes de régulation traditionnels du mariage par de nouveaux modèles d'organisation, il est nécessaire de connaître préalablement l'ordre privé du mariage et d'en mesurer l'évolution.

## **CHAPITRE I**

### **LA DYNAMIQUE DE LA RELATION CONJUGALE**

Pourquoi la conjugalité? Qu'est-ce qui amène deux personnes à s'engager dans une relation conjugale? Quel rôle y tiennent-elles? En fonction de quels éléments et par quels moyens s'articulent leurs rapports? Voilà autant de questions auxquelles nous souhaitons apporter réponse dans ce chapitre consacré à la dynamique de la relation conjugale.

En somme, nous désirons prendre la mesure de la relation conjugale d'hier à aujourd'hui en nous introduisant, d'une certaine façon, dans l'univers intime des conjoints et en analysant sa structure organisationnelle. Après avoir étudié les fondements de la relation (section1), nous nous intéresserons aux rôles qu'y occupent les conjoints (section 2). Nous nous pencherons ensuite sur la distribution du pouvoir entre eux (section 3), pour traiter enfin de la communication conjugale (section 4).

## SECTION I: LES FONDEMENTS DE LA RELATION CONJUGALE

Nul besoin d'être sociologue ou anthropologue pour constater l'évolution des fondements de la relation conjugale. Certaines des valeurs qui étaient autrefois dominantes au sein du couple sont aujourd'hui tombées en désuétude, alors que d'autres, considérées marginales il y a quelques décennies, ont été progressivement élevées au rang de valeurs fondamentales. Bref, les conjoints d'aujourd'hui ne justifient plus leur relation par les mêmes raisons qu'hier.

Au siècle dernier, rappelons-le, la procréation constituait la raison d'être du mariage<sup>1</sup>. Le couple était d'abord considéré comme l'embryon d'une future famille, elle-même perçue comme une unité de production économique<sup>2</sup>. À cet effet, les enfants représentaient

---

<sup>1</sup> Voir notamment Claude MICHAUD, «Le mariage et la famille : des réalités déssoudées», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 195 ; Louis ROUSSEL, «L'évolution de la notion de couple en Europe», dans Association nationale des assistants de service social (A.N.A.S.), *Couple, famille et société*, XL<sup>e</sup> congrès de l'A.N.A.S., Paris-Sorbonne, 1985, p. 15, à la page 16 ; Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1989, p. 291 ; Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contracts : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 98 et suiv.

<sup>2</sup> Marc-Adélar TREMBLAY, «Modèles d'autorité dans la famille canadienne française», (1966) 7 *Recherches sociographiques* 215, 219 ; Jocelyne VALOIS, «Famille traditionnelle et famille moderne, réalité de notre société», (1965-66) 7 *C. de D.* 149 ; Andrée MICHEL, *Sociologie de la famille et du mariage*, Paris, P.U.F., 1972, p. 72 ; Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 44. Voir également Talcott PARSONS et Robert BALES, *Family, Socialization and Interaction Process*, New York, Free Press, 1955, p. 8 et suiv.

une main-d'oeuvre gratuite dès leur jeune âge et ceux qui survivaient étaient appelés à devenir le bâton de vieillesse des parents, généralement privés de ressources sociales<sup>3</sup>.

Fondamentalement, l'organisation familiale permettait de maintenir dans la famille les biens domestiques, ce qui justifiait les mariages arrangés entre deux familles poursuivant des intérêts patrimoniaux compatibles<sup>4</sup>. Indissoluble, le mariage offrait les garanties de stabilité et de sécurité nécessaires à la réalisation des objectifs poursuivis<sup>5</sup>. Comme le mentionne le sociologue Jacques Grand'maison:

---

<sup>3</sup> Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 117. Voir également Renée B. DANDURAND, «Introduction : La vie familiale en transformation», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 13 ; Simon LANGLOIS, «L'avènement de la société de consommation : un tournant dans l'histoire de la famille», dans Denise LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 89, à la page 91 ; Marinette BRÜWIER, «Aperçu sur l'histoire de la famille du XVII<sup>e</sup> siècle au XX<sup>e</sup> siècle», dans Jacques LEMAIRE, Madeleine MOULIN et Marthe VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 43, à la page 45 ; voir enfin Jean KELLERHALS et Louis ROUSSEL, «Les sociologues face aux mutations de la famille : Quelques tendances de recherches 1965-1985», (1987) 37 *L'Année sociologique* 15, 22.

<sup>4</sup> Émile DURKHEIM, «La famille conjugale», cours de 1892, *Revue philosophique de 1921*, reproduit dans Émile DURKHEIM, *Textes III*, Paris, Minuit, 1975, pp. 35-49. Voir aussi Pierre BOURDIEU, *Le sens pratique*, Paris, Minuit, 1980, pp. 249-270 et p. 271 et suiv. ; Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 115.

<sup>5</sup> Max RHEINSTEIN, *Marriage Stability, Divorce and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1972, p. 3 et pp. 7-27. Voir aussi Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1989, p. 291 et du même auteur *The New Family and the New Property*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 31.

«Cela convenait à un régime de pénurie, d'austérité, de survie collective, conforté par le quadrillage serré du temps et de l'espace, du travail et des fêtes, des lois et des consciences. Les besoins de sécurité l'emportaient sur les aspirations à la liberté.»<sup>6</sup>

Dans une telle perspective, le sentiment amoureux était en soi insuffisant pour justifier la formation du mariage. Au contraire, on le considérait souvent comme un ingrédient nuisible. Aussi étonnant que cela puisse paraître, l'amour fut longtemps perçu comme un instrument de perturbation et de désordre dans le couple<sup>7</sup>. La stabilité familiale répugnait à être livrée aux subjectivités individuelles. La sentimentalité, si elle existait, demeurait donc timidement blottie dans un tout petit espace secret<sup>8</sup>. À ce sujet, Louis Roussel écrit :

«Dans le mariage traditionnel, l'idée de bonheur comme principe, comme fondement du mariage n'existait pas.

---

<sup>6</sup> Jacques GRAND'MAISON, «Les différents types de famille et leurs enjeux», dans Bernard LACROIX (dir.), *Vive la famille*, Montréal. Éditions Fides, 1993, p. 15, à p. 19. Dans un contexte plus général, voir aussi Lawrence STONE, *The Family, Sex and Marriage in England 1500-1800*, New York, Harper and Row, 1977, p. 651 et suiv.

<sup>7</sup> Saint-Jérôme n'écrivait-il pas : «Rien n'est plus honteux que d'aimer une femme comme une maîtresse» (cité dans Irène THÉRY, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 34). Sur la question, voir également Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, P.U.F., 1993, p. 30 ; Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 44 ; Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 47. Voir cependant Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 51.

<sup>8</sup> Philippe ARIÈS, «L'amour dans le mariage», dans *Sexualités occidentales*, Communication, n° 35, Paris, Le Seuil, 1982, p. 44.

Sans doute, y avait-il des couples heureux, mais les critères de choix du conjoint, la manière de vivre du couple n'étaient pas réglés par l'idée du bonheur, mais par celle d'institution, et celle-ci privilégiait la survie du groupe ainsi que la transmission des biens réels et symboliques. Et si bonheur il y avait en plus, tant mieux!»<sup>9</sup>

Ce n'est qu'au début de 20<sup>e</sup> siècle qu'amour et mariage ont vraiment cessé d'être opposés :

«Alors que le sentiment n'était auparavant inimaginable qu'en dehors du mariage, contre le mariage, en opposition à cette institution résultant de l'alliance entre deux familles, peu à peu il s'installe à l'intérieur de l'institution. Les usages sont lents à transformer, plus lents que les histoires : il faut attendre les débuts du XX<sup>e</sup> siècle pour que le mariage amoureux devienne vraiment la norme de comportement dans la société réelle.»<sup>10</sup>

Évidemment, pour être compatible avec l'amour, le mariage a dû

---

<sup>9</sup> Louis ROUSSEL. «L'évolution de la notion de couple en Europe», dans Association nationale des assistants de service social (A.N.A.S.), *Couple, famille et société*, XL<sup>e</sup> congrès de l'A.N.A.S., Paris-Sorbonne, 1985, p. 15, à la page 19.

<sup>10</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, P.U.F., 1993, p. 31. Voir également Roch HURTUBISE, «La parenté dans les rapports amoureux : analyse d'un siècle de correspondances amoureuses au Québec», dans Bernadette BAWIN-LEGROS et Jean KELLERHALS (dir.), *Relations intergénérationnelles, parenté, transmission, mémoire*, Actes du Colloque de Liège, 17 et 18 mai 1990, Universités de Liège et de Genève, 1991, pp. 115-124 ; Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 45 et p. 48 ; Louis ROUSSEL, «L'évolution de la notion de couple en Europe», dans Association nationale des assistants de service social (A.N.A.S.), *Couple, famille et société*, XL<sup>e</sup> congrès de l'A.N.A.S., Paris-Sorbonne, 1985, p. 15, à la page 19 ; Irène THÉRY, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 67 ; Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 63.

progressivement s'affranchir de toute influence familiale directe ou décisive. Comme nous le verrons au deuxième chapitre, la perte de contrôle de la parenté sur le mariage s'explique principalement par le passage d'un type de production agricole et artisanale à une économie industrielle, de même qu'à la mobilité géographique et aux vagues d'urbanisation générées par cette nouvelle économie<sup>11</sup>.

S'il est vrai que l'avènement du sentiment amoureux en tant qu'élément déclencheur du mariage a marqué les débuts du 20<sup>e</sup> siècle, il serait faux de prétendre que l'amour en est aussi devenu, dès cette époque, le principal régulateur et la seule raison d'être. Jusqu'au début des années '60, on se mariait toujours pour avoir des enfants<sup>12</sup>. D'ailleurs, comme nous l'étudierons dans la prochaine section, les rôles conjugaux étaient définis à partir de ce fondement.

Certes, la détérioration des rapports affectifs était perçue et vécue comme un échec par les conjoints, mais règle générale, elle ne pouvait à elle seule justifier la rupture du lien matrimonial. Le

---

<sup>11</sup> Voir Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 10. Sur les autres motifs pouvant expliquer la pénétration du sentiment amoureux dans le mariage, voir Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 47.

<sup>12</sup> Le sens de l'enfant avait cependant radicalement changé par rapport au siècle dernier : non plus perçus comme de la main-d'oeuvre et des héritiers, les enfants représentaient alors «l'espoir des parents». En somme, les parents espéraient que leurs enfants acquièrent un meilleur statut qu'eux, d'où les sacrifices qu'ils étaient prêts à consentir en leur faveur : Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, pp. 118 et 124. Voir aussi Jean KELLERHALS et Louis ROUSSEL, «Les sociologues face aux mutations de la famille : Quelques tendances de recherches 1965-1985», (1987) 37 *L'Année sociologique* 15, 22.

cercle familial se devait de rester imperméable aux soubresauts des sentiments<sup>13</sup>. Par ailleurs, la dépendance économique des femmes mariées n'était pas de nature à favoriser la dislocation de la famille<sup>14</sup>.

Puis, dès le début des années '60, le sentiment amoureux a pris de plus en plus d'ampleur pour finalement s'imposer comme fondement véritable du mariage<sup>15</sup>. Bien sûr, le sentiment amoureux dont il est ici question doit être compris dans un sens large et évolutif. L'amour connaît plusieurs stades affectifs dont l'intensité est variable<sup>16</sup>. En ce sens, il serait sans doute plus approprié d'employer les termes «sentiments d'ordre affectif».

Et encore, l'expression pourrait paraître trop limitative. Le véritable fondement du couple correspond davantage au bonheur que chaque conjoint recherche à travers l'autre, à la gratification dont ils ont tous deux besoin pour s'épanouir, à la découverte de leur identité

---

<sup>13</sup> Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 134.

<sup>14</sup> Voir notamment la présentation de la structure familiale apparaissant au tableau figurant dans Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 56.

<sup>15</sup> Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 50.

<sup>16</sup> Voir d'ailleurs la définition transcendante de l'amour (assimilé à la passion) dans Allan BLOOM, *L'amour et l'amitié*, traduit de l'américain par Pierre MANENT, Paris, Éditions de Fallois, 1996, p. 559 et suiv. Voir également les définitions de l'amour, l'amitié, l'affection et le sentiment discutées dans Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 17 et suiv.



respective et à la réalisation de leurs attentes mutuelles<sup>17</sup>. Alors qu'hier, la priorité allait à l'institution et aux impératifs en découlant, la satisfaction des besoins personnels, affectifs et sexuels des conjoints et le désir de vivre des relations égalitaires dans un esprit d'autonomie, occupent désormais la première place<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Roussel emploie les termes «association heureuse où chaque conjoint peut maximiser ses gratifications et minimiser ses peines» pour définir le couple. Cette représentation de l'union conjugale remplace l'image idéaliste qui correspond au stade initial et essentiellement temporaire du grand amour qu'il assimile à un état de grâce : Louis ROUSSEL, «L'évolution de la notion de couple en Europe», dans Association nationale des assistants de service social (A.N.A.S.), *Couple, famille et société*, XI<sup>e</sup> congrès de l'A.N.A.S., Paris-Sorbonne, 1985, p. 15, à la page 21.

<sup>18</sup> Cette nouvelle conception du mariage correspond au mariage-compagnonnage par opposition au mariage-institution, selon la typologie présentée dans Ernest Watson BURGESS, Harvey J. LOCKE, Mary Margaret THOMES, *The Family : From Institution to Companionship*, 3<sup>e</sup> éd., New York, American Book, 1960 (cité dans Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 10). Cette affirmation est appuyée par des données empiriques colligées dans Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, «Mariage et cohabitation : quelques transformations de la vie conjugale», dans Roger TESSIER (dir.), *Vivre à deux aujourd'hui*, Montréal, Le jour, 1993, p. 25, à la page 34. Au sujet de ce nouveau fondement, voir particulièrement Johanne BOISVERT, «Les familles à la recherche d'un nouvel équilibre... et le point de vue du mouvement familial», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 85 ; Jacques GRAND'MAISON, «Les différents types de famille et leurs enjeux», dans Bernard LACROIX (dir.), *Vive la famille*, Montréal, Éditions Fides, 1993, p. 15, à la p. 19 ; Claude MICHAUD, «Le mariage et la famille : des réalités déssoudées», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 195 ; Andrée MICHEL, «Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines», (1975) 20 *Archives de philosophie du droit* 127, 131-132. Dans une perspective plus générale, voir également Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 175 et suiv. ; Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 50 ; François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, pp. 89 et 113 ; Marthe VAN de MEULEBROEKE, «À nouvelles familles, nouvelles morales?», dans Jacques LEMAIRE, Madeleine MOULIN et Marthe VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 7, à la page 12 et Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p.

On ne se marie plus pour avoir des enfants, mais pour être heureux<sup>19</sup>. Si une majorité de couples donnent toujours naissance à des enfants, c'est parce qu'il s'agit pour eux d'un élément contributif au développement et à la consolidation de leur bonheur respectif<sup>20</sup>. Et nul besoin d'avoir dix enfants pour être heureux<sup>21</sup>! Comme l'écrit la professeure Marie-Blanche Tahon, «[...] on est passé du besoin

---

136.

<sup>19</sup> Bien sûr, les couples d'autrefois recherchaient aussi le bonheur. C'est là une évidence que nul ne saurait nier. Mais leurs exigences n'étaient guère comparables à celles entretenues par les couples d'aujourd'hui. À cet effet, Louis Roussel écrit : «Mes grands-parents constituaient des couples apparemment réussis, mais leurs attentes réciproques étaient limitées : ils n'espéraient pas être pour l'autre les révélateurs d'une identité jusque là cachée, d'être à la fois l'amant et l'époux, le confident et le consolateur, le parent et l'enfant. Ils avaient des attentes beaucoup plus précises et accessibles.» Voir Louis ROUSSEL, «L'évolution de la notion de couple en Europe», dans Association nationale des assistants de service social (A.N.A.S.), *Couple, famille et société*, XL<sup>e</sup> congrès de l'A.N.A.S., Paris-Sorbonne, 1985, p. 15, à la page 21.

<sup>20</sup> On rejoint ici la théorie du sociologue américain Talcott Parsons, selon qui la prise en charge d'enfants par les conjoints contribue à la consolidation de leur personnalité adulte : Talcott PARSONS, *Éléments pour une sociologie de l'action*, introduction et traduction de F. Bourricaud, Paris, Plon, 1955, p. 143 et suiv. Au sujet de la place et du sens de l'enfant au sein du couple contemporain, voir aussi Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 52 ; Odile BOURGUIGNON, «La question de l'enfant», (1987) 37 *L'Année Sociologique* 93, 96 ; Jean KELLERHALS et Louis ROUSSEL, «Les sociologues face aux mutations de la famille : Quelques tendances de recherches 1965-1985», (1987) 37 *L'Année sociologique* 15, 23 ; Andrée MICHEL, «Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines», (1975) 20 *Archives de philosophie du droit* 127, 131 et 136 et Louis ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, Odile Jacob, 1989.

<sup>21</sup> Les statistiques démographiques dénotent d'ailleurs une chute très nette de la natalité depuis le début des années 1960 : Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, pp. 115-116. Bien sûr, d'autres facteurs expliquent la chute de la natalité, dont la maîtrise de la fécondité et l'accomplissement par plusieurs femmes d'une activité rémunérée à l'extérieur du foyer.

d'enfants au désir d'enfant»<sup>22</sup>. En somme, l'union, comme espace d'affirmation individuelle, n'existe qu'au bénéfice des conjoints et non plus l'inverse :

«[...] la famille n'a pas disparu dans la mesure où les individus croient qu'elle constitue un des moyens idéaux pour être heureux, pour se réaliser soi-même. Le "je" l'emporte sur le "nous", mais le premier ne demande pas, bien au contraire, la disparition du groupe conjugal ni du groupe familial.»<sup>23</sup>

Évidemment, la recherche de l'autonomie connaît certaines limites. S'il est vrai qu'un conjoint, pour s'épanouir, doit pouvoir réaliser des objectifs personnels et individuels, la vie conjugale lui interdit généralement d'entreprendre des actions ou d'adopter des comportements qui mineraient le symbole et la substance de la relation. À cet effet, le sociologue François De Singly observe :

«L'autonomie personnelle ne doit pas menacer

---

<sup>22</sup> Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 125. En ce sens, voir également Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, pp. 160-161.

<sup>23</sup> François DE SINGLY, *Sociologie de la famille*, Paris, Nathan, 1993, p. 89. Sur l'importance accrue de l'autonomie conjugale, voir aussi les propos de Alain BÉNABENT, «La liberté individuelle et le mariage», (1973) 71 *Rev. trim. dr. civ.* 440, 495 et des anthropologues américains Nena et Georges O'NEILL dans *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, à la page 81 et suiv. Voir aussi l'étude empirique réalisée par François DE SINGLY dans *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., 1987, p. 96 et suiv. et p. 131 et suiv. Il faut noter que cette valorisation de l'individu se constate depuis le début des années 1960 : Jocelyne VALOIS, «Famille traditionnelle et famille moderne, réalité de notre société», (1965-66) 7 *C. de D.* 149, 152.

l'existence du groupe, elle ne doit pas pouvoir être interprétée comme la marque d'une défiance vis-à-vis du conjoint.»<sup>24</sup>

Ainsi, la sexualité demeure, pour la majorité des couples, un territoire commun inséparable de la vie affective<sup>25</sup>. Ce constat réfute les prétentions de certains chercheurs qui, il y a quelques décennies, anticipaient une dévaluation généralisée de l'exclusivité sexuelle en matière matrimoniale :

«More couples are choosing to deal with these difficulties instead of paying lip service to the monogamous ideal. Some of the recent social science literature distinguishes between extramarital sex, which has the old pejorative meaning of adultery and unfaithfulness, and comarital sex, which exists alongside with marital relationship [but] is not competitive with the marital relationship.»<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> François DE SINGLY, *Sociologie de la famille*, Paris, Nathan, 1993, p. 97.

<sup>25</sup> Ainsi, selon une étude réalisée en Belgique en 1992, 80% des jeunes estiment que la survie du couple repose quasi-exclusivement sur la fidélité : L. VOYER, B. BAWIN-LEGROS, K. DEBELLAERE et J. KERNOF, *Belges heureux et satisfaits*, Bruxelles, Éditions De Boeck, 1992 (Cité dans Bernadette BAWIN-LEGROS, «Les nouveaux enjeux de la famille», dans Jacques LEMAIRE, Madeleine MOULIN et Marthe VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 17, à la page 26). Voir aussi François DE SINGLY, «Fidélité et infidélité», (1992) 20 *Sciences humaines* 36.

<sup>26</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contracts : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 215. À ce sujet, voir également les courants rapportés dans Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, pp. 53-54 ; Peter SCHWARTZ, «Female Sexuality and Monogamy», dans Roger W. LIBBY and R. N. WHITEHURST (dir.), *Renovating Marriage : Toward New Sexual Life-Styles*, Danville (Calif.), Consensus, 1973, p. 211 et p. 215 ; Robert N. WHITEHURST, «The Monogamous Ideal and Sexual Realities», dans Roger W. LIBBY and R. N.

Certes, la nouvelle philosophie de l'union-oasis entraîne une plus grande fragilité de la relation conjugale : «[l']autonomisation, associée à la centration sur l'affectif, rend instable le couple conjugal»<sup>27</sup>. L'évanouissement du sentiment amoureux, au sens où nous l'entendons, mène, à plus ou moins long terme, à la rupture du couple : «[...] si l'amour s'étirole, la société légitimise la rupture»<sup>28</sup>.

---

WHITEHURST (dir.), *Renovating Marriage : Toward New Sexual Life-Styles*, Danvioelle (Calif.), Consensus, 1973, p. 42. Voir aussi les propos des anthropologues américains Nena et Georges O'NEILL dans *Le mariage open: le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, aux pp. 238-239.

<sup>27</sup> François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, p. 35.

<sup>28</sup> Claude MICHAUD, «Le mariage et la famille : des réalités déssoudées», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 195, à la page 197. Sur la question, voir également Johanne BOISVERT, «Les familles à la recherche d'un nouvel équilibre... et le point de vue du mouvement familial», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 85 ; Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 50 ; Pierre NOREAU, «Le droit et la famille : perspective sur l'amour, la contrainte et l'engagement», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 55, aux pages 58 et 63 ; Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 49 et Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 130. Pour un point de vue plus général sur la question, voir Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 179 ; Anne-Marie ROVIELLO, «Nouvelles morales pour familles nouvelles», dans Jacques LEMAIRE, Madeleine MOULIN et Marthe VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 141, à la page 142 et Marthe VAN de MEULEBROEKE, «À nouvelles familles, nouvelles morales?», dans Jacques LEMAIRE, Madeleine MOULIN et Marthe VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 7, aux pages 13 et 14.

Aussi, contrairement à la relation traditionnelle où le caractère indissoluble du mariage et la sécurité économique et affective des enfants avaient préséance sur le bien-être personnel des époux, aucun régulateur social, économique ou même familial<sup>29</sup> ne semble assez puissant pour maintenir aujourd'hui une relation dans laquelle les conjoints n'arrivent plus à réaliser la plénitude de leurs attentes:

«[...] lorsque les conjoints sont moins heureux ensemble, ils n'estiment pas qu'ils doivent rester ensemble au nom d'un principe extérieur, au nom d'une institution, au nom d'un principe moral ou sociétal. La vie conjugale doit suivre ces mouvements. La fragilité des unions reflète le primat de la centration sur les relations, des besoins affectifs.»<sup>30</sup>

La professeure Jacqueline Rubellin-Devichi observe dans le même sens :

«Le mariage, la famille, ne sont plus les institutions,

---

<sup>29</sup> Comme le précise Marie-Blanche Tahon, le fait d'avoir un ou deux enfants constitue de moins en moins un obstacle au divorce : Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstitutionnée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 124 et p. 134.

<sup>30</sup> François DE SINGLY, *Sociologie de la famille*, Paris, Nathan, 1993, p. 86. Dans cette perspective, la relation contemporaine se rapproche d'une «relation pure» au sens où Anthony Giddens l'entend, c'est-à-dire une relation qui dépend fondamentalement de la satisfaction et des récompenses qui résultent de la relation elle-même. Elle dure tant que les partenaires sont convaincus qu'elle engendre suffisamment de satisfaction pour que chacun désire la poursuivre : Anthony GIDDENS, «Identité de soi, transformation de l'intimité et démocratisation de la vie», dans Michel AUDET et Hamid BOUCHIKHI (dir.), *Structuration du social et modernité avancée (autour des travaux d'Anthony Giddens)*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 455, aux pages 465-466.

librement choisies ou non, auxquelles l'individu se soumet, au mépris de son épanouissement, pour la durée de son existence ; le "droit moral au bonheur" doit lui permettre de rejeter un mariage désastreux.»<sup>31</sup>

Bien sûr, des couples peuvent décider de retarder leur séparation, malgré la détérioration du lien affectif, pour toutes sortes de motifs d'accommodement. On pense, par exemple, à l'atteinte d'un âge minimal chez les enfants communs ou à la vente de la résidence familiale. De telles considérations ne changent cependant rien au principe ; elles ne font que différer le moment de la rupture effective. La relation conjugale demeure bel et bien rompue, son fondement premier s'étant effrité.

L'État a dû s'ajuster progressivement à cette réalité en libéralisant le droit au divorce. Mesure d'exception jusqu'aux années '60, le divorce s'est solidement implanté dans nos moeurs juridiques dès 1968, date d'entrée en vigueur de la première loi canadienne sur le divorce<sup>32</sup>. Puis, en 1985, une réforme globale de la loi est venue assouplir davantage les conditions d'obtention du divorce, en abolissant la faute conjugale comme préalable<sup>33</sup>. Comme l'observe la sociologue française Irène Théry, en facilitant l'accès au divorce,

---

<sup>31</sup> Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, «La diminution de l'importance du mariage», dans Roger NERSON (dir.), *Mariage et famille en question*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1979, p. 75, aux pages 77-78.

<sup>32</sup> *Loi concernant le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8.

<sup>33</sup> *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.). *Infra*, §2, section 1, chapitre 2, partie 2.

l'État se trouvait à reconnaître indirectement l'amour comme fondement premier du mariage<sup>34</sup>.

## SECTION 2 : LA DISTRIBUTION DES ROLES

L'union conjugale constitue avant tout une organisation entre deux personnes tenant un rôle précis aux fins d'accomplir un certain nombre d'objectifs communs. La notion de rôle, en sociologie générale, réfère à l'ensemble structuré de normes de comportement liées à une position dans un système d'interactions donné<sup>35</sup>. En microsociologie du couple, le rôle réfère précisément à la division du travail et des tâches entre les conjoints<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> « Désormais, si l'amour n'entre pas dans la définition juridique du mariage, encore moins dans la liste des devoirs conjugaux, du moins est-il indirectement reconnu comme consubstantiel au lien matrimonial: qu'il vienne à manquer, et, même sans "faute" avérée, le mariage peut légalement trouver sa fin. » Irène THÉRY, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 68. Voir également Jean CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », dans Études offertes à Georges Ripert, *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 325, à la page 335.

<sup>35</sup> Guy ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, t. 1, Paris, Points, 1968 (cité dans Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 39). Pour une critique de cette définition, voir Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 39 et suiv. Sur la notion de rôle en matière conjugale, voir spécialement Andrée MICHEL, « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », (1975) 20 *Archives de philosophie du droit* 127, 128.

<sup>36</sup> C'est du moins le sens que nous retenons aux fins de la présente section. Cependant, on doit noter que la notion de rôle, dépendamment du contexte dans lequel elle est employée, peut référer à d'autres réalités : voir John SCANZONI et Greer Litton FOX, « Sex Roles, Family and Society: The Seventies and Beyond », (1980) 42 *Journal of Marriage and The Family* 743. Voir aussi Susan LOSH-HESELBART, « Development of Gender Roles », dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 535.



Avant la révolution industrielle, les rôles du mari et de la femme étaient déjà fonction du sexe. Investi d'une autorité suprême, le mari dirigeait l'entreprise agricole ou artisanale et à ce titre, supervisait le travail que les autres membres de la famille devaient y effectuer<sup>37</sup>. Quant à la femme, elle était aussi appelée à collaborer activement aux travaux, en plus d'assumer la responsabilité de l'éducation des enfants<sup>38</sup>.

L'exode rural ne mit pas fin à l'implication des femmes à l'extérieur du foyer. Pendant la période d'industrialisation et après, plusieurs femmes durent travailler dans des manufactures par nécessité économique<sup>39</sup>. Il fallut attendre le début du 20<sup>e</sup> siècle, et spécialement la fin de la première guerre mondiale, pour qu'une

---

<sup>37</sup> Il s'agissait là de la norme «idéale». Certaines familles, pour toutes sortes de raisons, n'étaient pas en mesure de s'y conformer et adoptaient alors d'autres styles de vie, moins valorisés : Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, pp. 74-75.

<sup>38</sup> Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 44 et suiv.

<sup>39</sup> Pour une explication des motifs ayant justifié le «refoulement» des femmes vers le foyer familial (principalement les impératifs de procréation), voir Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, pp. 64-65 et Renée B. DANDURAND, «Introduction : La vie familiale en transformation», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 12. Au sujet du rôle de la femme avant le 19<sup>e</sup> siècle, voir notamment Susan LOSH-HESELBART, «Development of Gender Roles», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 535, à la page 537.

véritable spécialisation des rôles s'impose en modèle<sup>40</sup>.

Suivant ce modèle, la femme mariée était systématiquement assignée à l'éducation des enfants et aux tâches ménagères, alors que le mari se voyait attribué le rôle de pourvoyeur économique de la famille<sup>41</sup>. Cette vision complémentaire des rôles conjugaux et parentaux («sex and gender role») s'implanta si fermement dans les mœurs qu'elle devint rapidement une donnée inhérente au mariage<sup>42</sup>. À cet effet, le sociologue français François De Singly écrit :

«Pendant un demi-siècle (1918-1968), le fait que l'homme travaille à l'extérieur pour gagner l'argent du ménage et que la femme reste à la maison pour s'occuper le mieux possible des enfants est une évidence dans tous

---

<sup>40</sup> Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 79. Voir également Andrée MICHEL, «Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines», (1975) 20 *Archives de philosophie du droit* 127, 128-131. Pour une perspective économique de la spécialisation des rôles, voir Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5<sup>e</sup> éd., Boston, Little, Brown and Company, 1998, pp. 155-158.

<sup>41</sup> Cette distribution des rôles conjugaux représentait la norme dans toutes les classes sociales, à quelques variantes près : Renée B. DANDURAND, «Le couple : les transformations de la conjugalité», dans Denise LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 23, à la page 24. Sur la question, voir également Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 51.

<sup>42</sup> Michèle PERROT, «Figures et rôles», dans Philippe ARIES et Georges DUBY (éd.), *Histoire de la vie privée*, t. 4, Paris, Le Seuil, 1987, p. 38 et suiv. Voir aussi Madeleine TROTTIER et Pierre MAYER, «Images de la femme au Canada français», (1965-66) 12 *C. de D.* 343, 345 et John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, p. 16 et p. 19 et suiv.

les milieux.»<sup>43</sup>

Pour plusieurs, le fondement premier du mariage traditionnel semblait exiger un tel découpage. Si la procréation constituait toujours la raison d'être du mariage, il fallait bien que quelqu'un prenne soin des enfants qui allaient naître du mariage<sup>44</sup>. Au-delà de la grossesse et de l'accouchement, la femme possédait apparemment les qualités affectives pour les prendre en charge. La sociologue et juriste américaine Lenore J. Weitzman observe :

«Social scientists have asserted that women have an inherent nurturing ability that predisposes them to be more interested in and able to care for children; that they are biologically and psychologically destined to rear the children ; and that the well-being and optimal development of children requires mothers in a way that does not require father.»<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> François DE SINGLY, *Sociologie de la famille*, Paris, Nathan, 1993, p. 87. Voir également Jacques GRAND'MAISON, «Les différents types de famille et leurs enjeux», dans Bernard LACROIX (dir.), *Vive la famille*, Montréal, Éditions Fides, 1993, p. 15, à la p. 17.

<sup>44</sup> On rejoint ici l'une des principales fonctions de la famille selon la théorie élaborée par le sociologue américain Talcott Parsons : la spécialisation des rôles masculin et féminin avait pour but de contribuer au maintien du sous-système familial et de fournir ainsi une base à la socialisation des enfants du couple : Talcott PARSONS, *Éléments pour une sociologie de l'action*, introduction et traduction de F. Bourricaud, Paris, Plon, 1955, p. 143 et suiv. (cité dans Andrée MICHEL, *Sociologie de la famille et du mariage*, 1972, p. 80 et dans Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, pp. 60-70).

<sup>45</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contracts : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 98 et suiv. Voir également ce qu'écrit François DE SINGLY à ce sujet dans *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., 1987, p. 80.

Cette division des rôles conjugaux bénéficiait par ailleurs de certaines assises théoriques. Dans leur manuscrit publié en 1955, les sociologues américains Talcott Parsons et Robert Bales présentaient la famille comme un sous-système interdépendant, dont la mission première était de préserver l'ordre social. À cette fin, la famille se devait d'assurer la socialisation des enfants et la stabilisation de la personnalité des parents. De l'avis des deux sociologues, l'atteinte de ces objectifs spécifiques passait nécessairement par la spécialisation des rôles : le mari devait assumer le rôle instrumental, tandis que l'épouse devait remplir le rôle expressif<sup>46</sup>. Lucile Demers-Cipriani dégage de cette thèse l'analyse suivante :

«Instrumental est un qualificatif générique de l'action et de l'outil. Parsons et Bales en restreignent le sens à l'exercice d'un métier, d'une profession, au rôle de pourvoyeur financier du père, qui détermine le statut social de la famille. Le père est, avant et par-dessus tout, un *breadwinner*, lien vital entre l'îlot familial et le vaste monde. Quant au rôle expressif dévolu à la mère, il s'agit de la dispense des soins, affectifs et matériels, de la prise en charge des besoins émotifs des membres de la famille.»<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Talcott PARSONS et Robert BALES, *Family: Socialization and Interaction Process*, New York, Free Press, 1955. Sur la spécialisation des rôles dans la relation conjugale québécoise, voir notamment Marc-Adélar TREMBLAY, «Modèles d'autorité dans la famille canadienne française», (1966) 7 *Recherches sociographiques* 215, 226-227.

<sup>47</sup> Lucile DEMERS-CIPRIANI, *La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : étude psychojuridique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire 1983-1991*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1994, pp. 6-7. Jean Kellerhals définit le rôle instrumental comme étant l'action visant à

Dans cette perspective, la présence permanente de l'épouse au foyer apparaissait indispensable au bonheur conjugal du mari. En travaillant à l'extérieur du foyer, la femme n'aurait pu exercer valablement son rôle «expressif et affectif» auprès de lui. En outre, en rapportant un salaire à la maison, elle se serait placée en compétition avec son mari et l'aurait pour ainsi dire dépossédé partiellement de son rôle principal<sup>48</sup>.

La répartition traditionnelle des rôles entre mari et femme demeura la norme durant plusieurs décennies. Il fallut attendre la mobilisation des mouvements féministes et les changements socio-économiques qui ont marqué les années '60 et '70 pour que soit dénoncée cette vision étroite du rôle de la femme et des fonctions

---

mettre l'unité conjugale en rapport avec l'extérieur pour en tirer des ressources et définir des objectifs et le rôle expressif comme étant l'action visant à garantir la motivation des membres de l'unité et leur conformité aux modèles de conduite : Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1993, p. 43.

<sup>48</sup> Talcott PARSONS, *Éléments pour une sociologie de l'action*, introduction et traduction de F. Bourricaud, Paris, Plon, 1955, p. 143 et suiv. (cité dans Andrée MICHEL, *Sociologie de la famille et du mariage*, 1972, p. 80 et dans Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 76). Cette vision des choses a été vivement critiquée et démentie. Voir particulièrement Andrée MICHEL, *Sociologie de la famille et du mariage*, Paris, P.U.F., 1986, p. 143 et suiv. ; Andrée MICHEL, «Rôles masculins et féminins dans la famille : Examen de la théorie classique», (1971) 10 *Informations sur les sciences sociales* 113 ; Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, pp. 76-77. Voir aussi ce qu'écrit François DE SINGLY à ce sujet dans *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., 1987, pp. 81-82. Voir enfin les propos de Lucile DEMERS-CIPRIANI dans *La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : étude psychojuridique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire 1983-1991*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1994, pp. 8-9.

familiales<sup>49</sup>.

Libérées des tâches privées liées à la santé et à l'éducation des enfants, déchargées de certaines corvées ménagères par la diffusion massive de biens de consommation semi-durables et non durables<sup>50</sup>, contrôlant leur fécondité par l'accès à des moyens de contraception sûrs et efficaces<sup>51</sup>, davantage instruites que leurs ancêtres, les

---

<sup>49</sup> Sur les différentes vagues féministes au Québec et leurs enjeux, voir précisément Paule BRIÈRE, «La pensée féministe sur la maternité», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 61. Voir également, sur la question, Renée B. DANDURAND, «Introduction : La vie familiale en transformation», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 12.

<sup>50</sup> Comme exemples de biens semi-durables, on peut penser au lave-vaisselle, à la lessiveuse, à la sècheuse, au four micro-ondes, etc. Comme exemples de biens non durables, on peut penser aux textiles traités, aux plats surgelés et aux couches jetables. Sur l'impact de la société de consommation sur la dynamique familiale, voir Simon LANGLOIS, «L'avènement de la société de consommation : un tournant dans l'histoire de la famille», dans Denise LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 89, à la page 95 et suiv.

<sup>51</sup> Comme le fait remarquer Jacqueline Rubellin-Devichi : «[a]-t-on assez remarqué que c'est elle [la femme], en définitive, qui a la maîtrise de la procréation, que le nombre d'enfants à naître du couple ne dépend plus seulement biologiquement d'elle, mais aussi de sa volonté [...]» : Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, «La diminution de l'importance du mariage», dans Roger NERSON (dir.), *Mariage et famille en question*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1979, p. 75, à la page 82. On notera par ailleurs que ce n'est qu'en 1969, aux termes du fameux Bill omnibus, que le Code criminel canadien a été modifié pour permettre la vente libre de contraceptifs et pour ouvrir la voie à des avortements non thérapeutiques. Voir Renée B. DANDURAND, «Les dissolutions matrimoniales : un phénomène latent dans le Québec des années 60», (1985) 9 *Anthropologie et Sociétés* 87, 91 et du même auteur: *Le mariage en question*, Québec, I.Q.R.C., 1988, pp. 27-28 : «Le couple : les transformations de la conjugalité», dans Denise LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 23, aux pages 31-32. Sur les effets de la contraception sur les rôles conjugaux, voir également Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 106.

femmes investirent dès lors le marché du travail<sup>52</sup>.

Aujourd'hui, les rôles conjugaux ne sont donc plus dictés par des impératifs sociaux et religieux ; ils sont interchangeables et déterminés par les conjoints eux-mêmes, sur la base de considérations économiques et personnelles<sup>53</sup>. Tout est maintenant susceptible de faire l'objet d'une négociation<sup>54</sup>. Le sociologue français Jean-Claude Kaufmann situe cette réalité dans un mouvement social généralisé :

«L'invention, la capacité d'action et de décision sur son avenir ne sont pas un phénomène second, une mode limitée à certains groupes sociaux, un style de vie parmi d'autres : c'est l'axe majeur du renversement historique progressif du rapport individu-société. L'inversion des positions entre rôles et habitudes s'inscrit dans cette vaste transformation. Les individus veulent décider de leur vie, refuser les cadres imposés, ils sont poussés à le faire par un puissant mouvement social convergent.»<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, pp. 112-114. Voir également Madeleine TROTTIER et Robert MAYER, «Images de la femme au Canada français», (1965-66) 12 *C. de D.* 343. Voir également les propos des anthropologues américains Nena et Georges O'NEILL dans *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, aux pages 182-183.

<sup>53</sup> Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 56 ; Andrée MICHEL, «Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines», (1975) 20 *Archives de philosophie du droit* 127, 131.

<sup>54</sup> *Infra*, §2, section 3, chapitre 1, partie 2.

<sup>55</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 75.

Malgré la diversité des profils, certaines tendances générales demeurent toutefois observables. Pour une majorité de couples, l'accomplissement d'un travail à l'extérieur du foyer par les deux conjoints, que des enfants soient nés de l'union ou pas<sup>56</sup>, représente une source de valorisation essentielle à leur épanouissement personnel<sup>57</sup>, ou à tout le moins, un support économique dont la famille pourrait difficilement se passer. Comme le souligne la professeure Tahon :

«Aujourd'hui, pour qu'une famille puisse vivre selon les normes de sa classe, il faut qu'il y entrent deux salaires. Ce que les femmes retirent au niveau de leurs représentations de leur autonomie, elles ne le volent pas! Elles se sont coulées dans le moule de la discipline des fabriques ou des bureaux. Elles aussi sont devenues des pourvoyeurs. Elles aussi travaillent pour faire vivre leur famille quand elles ont des enfants.»<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> En 1995, selon Marie-Blanche Tahon, plus de 64% des femmes qui vivent dans une famille biparentale avec enfants ont un emploi rémunéré : Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstitutionnée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 185. Voir aussi les statistiques mentionnées dans Micheline GÉRIN-LAJOIE, «Comment le désir d'enfant vient aux femmes», dans Renée B. DANDURAND, *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 47, à la page 48, note 2. Par ailleurs, selon Statistiques Canada, les femmes sont moins susceptibles qu'au cours des décennies antérieures d'interrompre leur carrière pour des motifs familiaux ou autres : La Presse, 17 septembre 1997, p. A-14.

<sup>57</sup> Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 99.

<sup>58</sup> Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstitutionnée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 188. Voir aussi les propos de l'auteure à la page 113. Dans le même sens, voir également Simon LANGLOIS, «L'avènement de la société de consommation : un tournant dans l'histoire de la famille», dans Denise LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 89, à la page 93 et aux pages 101-103 ; François DE SINGLY, *Sociologie de la famille*, Paris, Nathan, 1993, p. 108.



Par ailleurs, l'accomplissement d'une activité rémunérée par les deux conjoints ne signifie pas que le travail de chacun d'eux obtienne toujours le même degré de reconnaissance dans le couple. Dans les faits, les conjoints seront souvent amenés à privilégier l'une des deux «carrières» au détriment de l'autre.

Selon certaines études sociologiques, il appert que ce soit généralement le travail du mari qui fasse l'objet d'une priorisation. Cette réalité a pour effet d'entraîner progressivement un sous-investissement de la femme et un surinvestissement professionnel de l'homme, de donner un sens différent au travail salarié de la femme et de l'homme :

«[...] bien que globalement on observe le maintien des femmes sur le marché du travail même lorsqu'elles ont des enfants en bas âge, il reste que les trajectoires professionnelles des femmes relèvent de causes intrafamiliales tandis que celles des hommes relèvent de causes intraprofessionnelles. La famille déménagera si le père a un emploi ailleurs (cause intraprofessionnelle), et la femme sera amenée à chercher un autre emploi (cause intrafamiliale). L'inverse est rarement observé.»<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Martine CHAUDRON, «Sur les trajectoires sociales des femmes et des hommes. Stratégies familiales de reproduction et trajectoires individuelles», dans Marie-Agnès BARRERE et autres, *Le sexe du travail*, Grenoble, P.U.G., 1984, p. 17. Voir également Françoise BATTAGLIOLA, «Employés et employées. Trajectoires professionnelles et familiales», dans Marie-Agnès BARRERE et autres, *Le sexe du travail*, Grenoble, P.U.G., 1984, p. 57 ; Agnès PITROU, «Dépérissement des solidarités familiales?», (1987) 37 *L'Année sociologique* 207, 212 ; John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, p. 21. Voir aussi les études empiriques de François DE SINGLY dans *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., 1987, p. 63, p 70 et suiv. et p. 131. Voir

Lorsque les deux conjoints travaillent à l'extérieur du foyer, l'éducation et l'entretien quotidiens de la progéniture d'âge préscolaire sont assumés par une nourrice ou une éducatrice oeuvrant à domicile, en milieu familial ou en garderie. Quant aux tâches ménagères et aux soins des enfants après les heures de travail, tous s'entendent généralement pour dire qu'ils devraient faire l'objet d'un partage égalitaire entre le mari et la femme, mais les faits révèlent une toute autre réalité.

Selon certaines études réalisées au cours des dernières années, la femme assumerait toujours la majorité des tâches<sup>60</sup>. Comme le

---

enfin ce qu'écrit Lucile DEMERS-CIPRIANI dans *La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : étude psychojuridique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire 1983-1991*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1994, à la page 47 et suiv.

<sup>60</sup> Voir SECRÉTARIAT À LA FAMILLE, Gouvernement du Québec, *Familles en têtes 1995-1997, les défis à relever*, Québec, Publications du Québec, 1994, p. 7 ; Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 92 et suiv. ; Renée B. DANDURAND, *Le mariage en question*, Québec, I.Q.R.C., 1988, p. 114 ; Lucie MERCIER, «Le quotidien et le partage des tâches», dans Denise LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 143. Dans une perspective plus générale, voir également Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 112 et suiv. ; François DE SINGLY, *Sociologie de la famille*, Paris, Nathan, 1993, p. 104, pp. 108-109, p. 185 et suiv. et p. 199 ; François DE SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., p. 60 ; Françoise HECK, «La famille et quelques-uns de ses paradoxes», dans Jacques LEMAIRE, Madeleine MOULIN et Marthe VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 58, à la page 62 ; Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 51 et suiv. ; Céline LE BOURDAIS, Pierre J. HAMEL et Paul BERNARD, «Le travail et l'ouvrage. Charge et partage des tâches domestiques chez les couples québécois», (1987) 19 *Sociologie et sociétés* 37. Aux États-Unis, voir spécifiquement la synthèse présentée par Susan LOSH-HESELBART, «Development of Gender Roles», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 535. Voir également Voir également Amy L.

signale Jean Kellerhals, l'aspiration égalitariste en matière de tâches domestiques côtoie donc la ségrégation de fait<sup>61</sup>. Cependant, ces constatations ne doivent pas, selon Jean-Claude Kaufmann, conduire à oublier l'étendue du chemin parcouru, à sous-estimer l'actuelle force sociale et morale de l'idée égalitariste, la rapidité et l'ampleur du changement<sup>62</sup>.

D'autres couples, moins nombreux, privilégient plutôt la présence permanente d'un conjoint au foyer, le plus souvent la femme, pour s'occuper des enfants d'âge préscolaire<sup>63</sup>. Loin d'être un mandat indéfini, la présence au foyer ne sera souvent justifiée que par l'intérêt des enfants. D'ailleurs, aussitôt ces derniers inscrits à l'école, le conjoint au foyer s'efforcera généralement d'entrer ou de retourner sur le marché du travail, dans la mesure où les conditions

---

WAX. «Bargaining in the Shadow of the Market : Is There a Future for Egalitarian Marriage?». (1998) 84 *U. L. Rev.* 509. 591-593.

<sup>61</sup> Jean KELLERHALS et autres. *Microsociologie de la famille*. Paris. P.U.F., 1984. p. 56.

<sup>62</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*. Paris. Nathan, 1992. pp. 109-110 et pp. 115-116. Dans le même sens, voir aussi Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*. Anjou. Centre éducatif et culturel, 1993, p. 184. D'ailleurs, certaines études démontrent que les garçons dont le père participe activement aux tâches domestiques acquièrent une vision moins stéréotypée de la masculinité, dans le sens d'un décloisonnement des rôles et des activités qui y correspondent : Marguerite COTÉ, *Participation du père aux tâches familiales et développement de l'identité sexuelle du jeune garçon*, mémoire de maîtrise, Montréal. Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1986.

<sup>63</sup> Ce choix est souvent tributaire de la situation économique des époux : Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*. Anjou. Centre éducatif et culturel, 1993. p. 169.

socio-économiques le permettent.

Évidemment, le travail rémunéré de la femme mariée lui permet d'acquérir une autonomie financière relative. Ce faisant, «[...] il laisse ouverte la porte de la maison»<sup>64</sup>. Si la femme n'arrive plus à combler ses besoins affectifs à travers la relation conjugale, elle aura la possibilité d'en sortir plus facilement<sup>65</sup>. Le rapport extérieur qu'elle entretient pourrait en effet l'autoriser à se libérer du rapport interne qui existe avec son mari et qu'elle juge personnellement insatisfaisant. En d'autres termes, le travail pourrait lui permettre de ne pas rester en couple pour d'autres raisons que les exigences amoureuses<sup>66</sup>.

Au contraire, la femme qui n'exerce aucune activité rémunérée en dehors du foyer, quelle que soit la manière dont elle vit cet état de fait, se place objectivement dans un état de dépendance par rapport

---

<sup>64</sup> François DE SINGLY, *Sociologie de la famille*, Paris, Nathan, 1993, p. 87 et du même auteur, *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., 1987, p. 96. Voir également Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 201 ; Marthe VAN de MEULEBROEKE, «À nouvelles familles, nouvelles morales?», dans Jacques LEMAIRE, Madeleine MOULIN et Marthe VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 7, à la page 13.

<sup>65</sup> La salarisation des femmes n'est pas, évidemment, le seul facteur du divorce. D'autres causes doivent être considérées : Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 132.

<sup>66</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 146.

à son mari<sup>67</sup>. Cela ne signifie pas que le travail de la femme augmente en soi le dysfonctionnement du couple. Comme le note François De Singly, ce ne sont pas les tensions et les insatisfactions qui augmentent avec le travail, mais la possibilité de les exprimer au moyen de la menace de la défection<sup>68</sup>.

### SECTION 3 : POUVOIR ET NÉGOCIATION

Afin de bien comprendre la dynamique de la relation conjugale, il est nécessaire de pousser l'analyse au-delà des fondements et de la distribution des rôles conjugaux. Un tel objectif commande en effet l'étude des rapports internes et des facteurs influençant le déroulement des échanges. Qui prend les décisions dans le couple? Quels sont les éléments susceptibles d'influencer la négociation entre les conjoints? Comment l'évolution des fondements de la relation conjugale a-t-elle influencé la dynamique interne de la relation conjugale? Ces questions, on l'aura compris, s'inscrivent dans une perspective située aux limites de la microsociologie, de la psychologie du couple et de la science économique.

---

<sup>67</sup> François DE SINGLY, *Sociologie de la famille*, Paris, Nathan, 1993, p. 104 et du même auteur: *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., 1987, p. 97. Voir également, au même effet, Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 201.

<sup>68</sup> François DE SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., 1987, p. 98. Voir cependant Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 54.

On définit traditionnellement le pouvoir comme étant l'aptitude, potentielle ou actuelle, d'un acteur à orienter le comportement d'autrui dans une direction désirée, avec ou sans son consentement et de résister aux changements d'orientation demandés par autrui<sup>69</sup>. Dans l'organisation de la relation conjugale, le pouvoir joue certainement un rôle capital.

Bien qu'il soit apparemment difficile de cerner toutes les

---

<sup>69</sup> Voir généralement Joan ALDOUS, «Family Interaction Patterns», (1977) 3 *Annual Review of Sociology* 105, 107. Sur la notion de pouvoir conjugal et de ses dérivés, voir aussi David H. OLSON et Ronald E. CROMWELL, «Power in Family», dans Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON (dir.), *Power in the Family*, New York, Halsted Press, 1975, p. 5 ; G.W. McDONALD, «Family Power : The assesement of a Decade of Theory and Research 1970-1979», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 841, 842 ; John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 295, à la page 299 ; Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 362 ; John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making: A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, p. 86. Pour certains, la notion de pouvoir conjugal se divise en trois composantes : l'autorité (un des conjoints a-t-il l'autorité légitime de diriger, compte tenu des normes sociales et culturelles) ; la prise de décision (y a-t-il un conjoint qui prend les décisions et à quelles fréquences) et l'influence (*i.e.* la capacité d'imposer son point de vue à l'autre) : Constantina SAFILIOS-ROTHSCHILD, citée dans Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*» 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 363. Voir aussi l'analyse des perceptions du pouvoir et des distinctions faites entre pouvoir, autorité et domination (legitimate power and nonlegitimate power) dans John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 292, à la page 302 et Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change: a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 370 et suiv. Voir enfin les autres catégorisations et conceptualisations du pouvoir faites par Maximiliane SZINOVACZ dans «Family Power», Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, à la page 652 et suiv.

dimensions du concept<sup>70</sup>, quel que soit le domaine d'observation, plusieurs auteurs, sociologues, psychologues et économistes, ont tenté de dégager, par différentes théories, les facteurs susceptibles d'influencer la répartition du pouvoir au sein de la cellule conjugale.

### **§ 1 La théorie des ressources ou le pouvoir envisagé dans une perspective statique**

Deux sociologues américains, Oscar Blood et Donald M. Wolfe, ont d'abord relié la distribution du pouvoir dans le couple aux ressources disponibles à chacun des partenaires. Suivant cette thèse, connue sous le nom de «théorie des ressources»<sup>71</sup>, le pouvoir d'un acteur dans l'orientation d'une interaction serait d'autant plus grand que ses ressources professionnelles et économiques sont comparativement importantes : «[t]he more resources either one has

---

<sup>70</sup> Voir à cet effet les difficultés exposées dans Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 362 et suiv. Voir aussi Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON, «Power in Families» dans Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON (dir.), *Power in Families*, New York, Halsted Press, 1975, p. 3.

<sup>71</sup> Cette théorie constituerait une version tronquée de certaines théories de l'échange, basée sur une perspective mécaniste : Robert Oscar BLOOD et Donald M. WOLFE, *Husbands and Wives: The Dynamics of Married Living*, New York, Free Press, 1960. La théorie des ressources a d'ailleurs été reprise par d'autres auteurs qui en ont vérifié l'application dans plusieurs pays : René KÖNIG, «Family and Authority : The German Father in 1955», (1957) 5 *The Sociological Review* 107 ; Eugène LUPRI, «Contemporary Authority Patterns in the West German Family : A Study of Cross-National Validation», (1969) 31 *Journal of Marriage and the Family* 134 ; Anette LAMOUSÉ, «Family Roles of Women : A German Exemple», (1969) 31 *Journal of Marriage and the Family* 145 et Andrée MICHEL, *Activités professionnelles de la femme et vie conjugale*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1974.

in comparison to the other, the greater will be his or her power»<sup>72</sup>. L'exercice du pouvoir n'équivaudrait donc pas à une coercition brute, mais à une autorité basée sur une légitimation rationnelle<sup>73</sup>. Ainsi, comme le souligne la sociologue Andrée Michel :

«Dans les familles parisiennes en particulier, l'autorité du mari était, comme celle du mari américain ou allemand, d'autant plus forte que son salaire, son éducation et son niveau professionnel s'élevaient ; de même, les femmes travailleuses avaient plus de pouvoir que les femmes au foyer.»<sup>74</sup>

En appliquant cette théorie à la relation conjugale traditionnelle<sup>75</sup>, il faudrait inévitablement conclure à une centralisation du pouvoir

---

<sup>72</sup> Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change: a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 368.

<sup>73</sup> Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 46. Cela dit, pour constituer une base de pouvoir effectif et légitime, les ressources économiques apportées par un conjoint doivent être perçues par l'autre comme étant suffisantes, non seulement en termes de quantité, mais également de qualité et de stabilité : «[s]pecifically, the volume, the frequency, the magnitude, the intensity, and the stability of the family member's relative contributions, as well as the quality and the value of exchange benefits, need to be considered.» Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, aux pages 665-666.

<sup>74</sup> Andrée MICHEL, *Sociologie de la famille et du mariage*, Paris, P.U.F., 1988, p. 7.

<sup>75</sup> À noter que nous référons ici à la famille conjugale traditionnelle conforme à la théorie de Parsons et non au modèle de communauté familiale qui prévalait dans la société agraire du siècle dernier (famille-souche) et qui était dominée par le patriarcat, lequel tenait lui-même son autorité de Dieu. À propos de l'autorité à l'intérieur de cette dernière structure, voir Marc-Adélaïde TREMBLAY, «Modèles d'autorité dans la famille canadienne-française», (1966) 7 *Recherches sociographiques* 215, 217.



décisionnel entre les mains du mari<sup>76</sup>. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, le mari tenait autrefois un rôle de pourvoyeur auprès des siens, conformément à la norme sociale applicable. Lui seul était donc en mesure d'acquérir un statut professionnel et de cumuler des ressources socio-économiques<sup>77</sup>. Et en un mouvement circulaire, le pouvoir ainsi obtenu lui permettait de maintenir et de justifier la norme sociale. Les sociologues américains John et Letha Scanzoni résument cette problématique de la façon suivante :

«Because males have traditionally had greater access to the economic-opportunity system and have thus had greater resources, husbands have held greater power in marriage. Therefore, behavioral expectations (or norms) have developed to support husband's rights to this greater power.»<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Voir d'ailleurs à cet effet les études rescensées dans Renée B. DANDURAND, «Les dissolutions matrimoniales : un phénomène latent dans le Québec des années 60», (1985) 9 *Anthropologie et Sociétés* 87, 98-99.

<sup>77</sup> Renée B. DANDURAND, «Le couple : les transformations de la conjugalité», dans Denise LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 23, à la page 25 et Renée JOYAL, «La famille : entre l'éclatement et le renouveau : la réponse du législateur», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 147, aux pages 150-151. Dans les ménages où la femme était plus instruite que son époux, elle assumait souvent la gestion du budget, lequel demeurerait toutefois sujet à la sanction du mari : Renée B. DANDURAND, «Les dissolutions matrimoniales : un phénomène latent dans le Québec des années 60», (1985) 9 *Anthropologie et Sociétés* 87, 98. Voir également Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 76.

<sup>78</sup> Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change: a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 385. Voir aussi Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, aux pages 661-663 et John SCANZONI et Maximiliane

Au-delà des critiques méthodologiques qui ont été formulées à l'endroit des travaux de Blood et Wolfe<sup>79</sup>, plusieurs des fondements de la théorie des ressources ont fait l'objet de remises en question. On a d'abord questionné le sens restreint donné à la notion de ressources. Seules les ressources professionnelles, sociales et économiques y sont en effet considérées. Les autres ressources, tangibles et intangibles, comme l'aptitude à préparer un repas et à entretenir la maisonnée, de même que l'amour, le compagnonnage et la sexualité, sont ignorées ou considérées constantes<sup>80</sup>.

À l'encontre de cette critique, on a prétendu qu'il était parfaitement justifié de ne considérer que les ressources professionnelles, sociales et économiques, compte tenu du contexte social qui ne valorise que le travail rémunéré. En ce sens, John Scanzoni observe :

«In modern industrial societies, it is productive work in

---

SZINOVACZ. *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*. Beverly Hills. Sage Publications. 1980. p. 16.

<sup>79</sup> En fait, il semble que Blood et Wolfe aient basé leur thèse sur un interrogatoire mené auprès de femmes seulement. Certains ont donc soulevé des doutes quant à la fiabilité des résultats obtenus, en prétendant que la perception des conjoints en matière de répartition des tâches et de prise de décision différerait souvent : Donald H. GRANBOIS et Ronald P. WILLET, «Equivalence of Family Role Measures Based on Husband and Wife Data». (1970) 32 *Journal of Marriage and the Family* 68.

<sup>80</sup> Constantina SAFILIOS-ROTHSCHILD. «The Study of Family Power Structure : A Review 1960-1969». (1970) 31 *Journal of Marriage and the Family* 290-301 et du même auteur «A Macro-and Micro-Examination of Family Power and Love : A Exchange Model». (1976) 37 *Journal of Marriage and the Family* 355. Voir aussi David M. HEER. «The Measurement and Bases of Family Power : an Overview». (1963) 25 *Marriage and Family Living* 133.

the market place that counts in terms of social worth. The work of women in the home is not assigned the same value as the work of men, which is converted into dollars.»<sup>81</sup>

Au même effet, Dair Gillespie écrit :

«Thus, it is clear that for a wife to gain even a modicum power in the marital relationship, she must gain in from external sources, *i.e.*, she must participate in the work force, her education must be superior to that her husband, and her participation in organizations must be excel his.»<sup>82</sup>

D'autres faiblesses dans la théorie de Blood et Wolfe ont par ailleurs été relevées. Tout en reconnaissant l'influence des ressources dans la distribution du pouvoir entre les conjoints, plusieurs auteurs ont refusé d'y voir le seul facteur déterminant<sup>83</sup>. À leurs dires, toute analyse sur le pouvoir conjugal devrait nécessairement prendre en considération la disponibilité d'alternatives à la situation matrimoniale, y compris l'option du célibat, de la cohabitation ou du monoparentalisme :

---

<sup>81</sup> Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 367.

<sup>82</sup> Ces propos de Dair GILLESPIE ont été rapportés dans Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 368.

<sup>83</sup> Pour plus de détails sur le sujet, voir Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 367.

«What is the value of the resources provided by the spouse in comparison to the resources available to that person outside the marriage? In other words, would the man or woman be better off married to someone else or not married at all?»<sup>84</sup>

Suivant cette hypothèse, désignée sous le nom de «exchange theory», le pouvoir de l'époux disposant des ressources diminuerait à mesure qu'augmente le nombre de solutions de rechange pour l'autre, que ce soit sur le plan relationnel, économique ou familial. En conséquence, le conjoint le moins intéressé à poursuivre la relation jouirait d'un pouvoir accru<sup>85</sup> :

«The one to whom a relationship matters more and who feels the greater need is more willing to defer to the other in order to preserve the relationship. When preservation of the relationship ceases to matter so

---

<sup>84</sup> Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 368. Sur la question, voir spécialement David M. HEER, «The Measurement and Bases of Family Power: an Overview», (1963) 25 *Marriage and Family Living* 133.

<sup>85</sup> On comprend que la présence d'enfants peut constituer un élément déterminant dans l'évaluation des alternatives à la relation conjugale. En ce sens, Maximiliane SZINOVACZ écrit : «[s]ome researchers have suggested that the presence of small children increases the mother's dependence (economically and emotionally) and thus undermines her power position in the family. However, if men do become more involved in child care, and if they are interested in maintaining a relationship that ensures daily contact with their children, their dependence on the relationship also increase.» : Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, à la page 667.

much, the other party loses power.»<sup>86</sup>

À la suite d'une recherche empirique menée auprès d'une centaine de couples, Constantina Safilios-Rothschild confirme cette hypothèse en limitant cependant son analyse aux seules ressources dites affectives :

«Within this context the resource of love takes on a greater importance since a considerable number of women who do not have access to a high level of socioeconomic resources can in fact exchange love for power. Love becomes an important resource for a woman when she is "less in love" with her husband and is then in the position to exchange her reciprocation to his love in terms of affection and sex for power in the relationship.»<sup>87</sup>

La même auteure précise qu'il y aurait également lieu d'incorporer à la théorie des ressources le coût d'opportunité du pouvoir. Le fait pour un conjoint d'exercer le pouvoir dont il jouit en raison des

---

<sup>86</sup> David M. HEER, «The Measurement and Bases of Family Power : An Overview», (1963) 25 *Marriage and Family Living* 133. Certains qualifient le pouvoir résultant d'un tel contexte de "referent power" : Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON, «Power in Families», dans Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON (dir.), *Power in Families*, New York, Halsted Press, 1975, p. 3, à la page 6. Voir aussi Bertram H. RAVEN, Richard CENTERS et Aroldo RODRIGUES, «The Bases of Conjugal Power», dans Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON (dir.), *Power in Family*, New York, Halsted Press, 1975, p. 217, à la page 219.

<sup>87</sup> Constantina SAFILIOS-ROTHSCHILD, «A Macro and Micro-Examination of Family Power and Love : An Exchange Model», (1976) *Journal of Marriage and The Family* 355, 360-361. Voir également S. SPRECHER, «Sex Differences in Bases of Power in Dating Relationships», (1985) 12 *Sex Roles* 449 (cité dans Jan E. STETS, «Control in Dating Relationships», (1993) 55 *Journal of Marriage and the Family* 673, 674).

ressources à sa disposition est susceptible d'altérer le degré de confiance de l'autre et d'entraîner corrélativement une diminution desdites ressources. En d'autres termes, l'affirmation du pouvoir peut coûter de l'affection. On comprend que ces coûts seront plus élevés si le conjoint qui subit le pouvoir dispose d'alternatives à la relation conjugale<sup>88</sup>.

Par ailleurs, le contexte social et culturel dans lequel se déroule la relation conjugale constituerait un autre facteur tendant à relativiser la théorie des ressources. Selon Hyman Rodman, une ressource donnée peut être différemment valorisée par les sous-cultures et avoir en conséquence un impact plus ou moins grand sur le pouvoir respectif des partenaires<sup>89</sup>. Suivant cette thèse, connue

---

<sup>88</sup> Constantina SAFILIOS-ROTHSCHILD, «A Macro and Micro-Examination of Family Power and Love : An Exchange Model», (1976) *Journal of Marriage and The Family* 355. Voir aussi John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories About the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 295, à la page 302. Également, les coûts seront plus ou moins grands en fonction du fait que le pouvoir exercé est perçu comme légitime (autorité) ou non légitime (domination) : voir Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 370 et suiv.

<sup>89</sup> Hyman RODMAN, «Marital Power in France, Greece, Yugoslavia and the United States : A Cross National Discussion», (1967) 29 *Journal of Marriage and the Family* 320. Voir aussi Rae Lesse BLUMBERG et Marion Tolbert COLEMAN, «A Theoretical Look at the Gender Balance of Power in American Couple», (1989) 10 *Journal of Family Issues* 225 ; Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON, «Multidisciplinary Perspectives of Power», dans Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON (dir.), *Power in Families*, New York, Halsted Press, 1975, p. 15, aux pages 6 et 26 ; Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ, *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, à la page 661 et suiv. ; Maximiliane SZINOVACZ et Paula HARPSTER, «Employment Status, Gender Roles Attitudes and Marital Dependence in Later Life»,

sous le nom de «theory of ressources in cultural context», les ressources socio-économiques n'auraient d'influence qu'à l'intérieur des marges autorisées par la culture.

Ainsi, dans une société où le patriarcat est fortement implanté, la distribution du pouvoir ne serait aucunement modifiée par le statut économique et social d'un conjoint. Le mari conserverait le pouvoir, indépendamment des ressources dont son épouse dispose. Par opposition, il n'y aurait pratiquement aucun rapport à établir entre statut et pouvoir dans une société fondée sur une philosophie strictement égalitaire. Ce n'est qu'à mi-chemin entre ces deux extrêmes que le pouvoir serait directement tributaire des ressources disponibles<sup>90</sup>. Tel serait le cas des sociétés occidentales comme les États-Unis et le Québec<sup>91</sup>. Expliquant la théorie de

---

(1993) 55 *Journal of Marriage and the Family* 927.

<sup>90</sup> Hyman RODMAN, «Marital Power in France, Greece, Yugoslavia and the United States : A Cross National Discussion», (1967) 29 *Journal of Marriage and the Family* 320 et Wesley R. BURR, *Theory Construction and the Sociology of the Family*, New York, Willey, 1973, p. 194. Dans leur ouvrage publié en 1960, Blood et Wolfe avaient avancé cette idée, mais n'en avaient pas vérifié l'application : Robert Oscar BLOOD et Donald M. WOLFE, *Husbands and Wives : The Dynamics of Married Living*, New York, Free Press, 1960, pp. 24-29. Pour une critique de la «theory of resources in cultural context», voir Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, pp. 70-71. Contrairement à Rodman, le professeur Lee soutient que la théorie des ressources demeure opérationnelle dans les sociétés patriarcale et égalitaire : Gary R. LEE, «Comparative Perspective», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ, *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 59, aux pages 71-72.

<sup>91</sup> Depuis les années '60, la philosophie égalitaire s'implante graduellement dans la société québécoise. En opposition à l'ancien modèle conjugal, cette philosophie est aujourd'hui partagée par un grand nombre de personnes, ce qui fait dire à certains qu'elle constitue un

Rodman, le professeur Gary R. Lee écrit :

«In transitional egalitarian societies such as the United States, Rodman contended, the norms are becoming egalitarian but are not sufficiently unequivocal to ensure that all marriages will, in fact, be egalitarian. This situation of normative ambiguity leaves other factors, such as resources, free to operate.»<sup>92</sup>

Enfin, certains ont questionné la conception unidimensionnelle du pouvoir sur laquelle repose la théorie des ressources. Adoptant une vision davantage axée sur les rôles assumés par chacun des conjoints, David Heer conçoit plutôt la répartition du pouvoir en fonction des sphères d'activités où s'exercent leurs compétences respectives<sup>93</sup>. Ainsi, dans la relation conjugale traditionnelle,

---

contre-modèle en émergence. Ainsi, la sociologue Jocelyne Valois écrit : «[c]'est l'importance de la liberté et de l'égalité absolue des individus à l'intérieur de la famille qui caractérise ce contre-modèle en émergence. [...] Il propose une nouvelle conception de l'amour centrée sur la liberté, ainsi qu'une définition des rôles familiaux éliminant toute inégalité.» : Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille au Québec*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 54.

<sup>92</sup> Gary R. LEE, «Comparative Perspective», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 59, à la page 71.

<sup>93</sup> David M. HEER, «The Measurement and Bases of Family Power : an Overview», (1963) 25 *Marriage and Family Living* 133. Voir aussi John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, p. 95. Évidemment, dans une telle perspective, les conflits surviendraient surtout dans les domaines où les deux époux interviennent conjointement : John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 292, aux pages 303-304. Au Québec, on observe une conception similaire chez certains auteurs : Marc-Adélaïde TREMBLAY, «Modèles d'autorité dans la famille canadienne française», (1966) 7 *Recherches sociographiques* 215, 227.



l'épouse exercerait un pouvoir accru dans la sphère domestique, tandis que le mari détiendrait la balance de l'autorité dans les autres domaines<sup>94</sup>. Dans la relation contemporaine où les rôles ne sont plus prédéterminés, la même logique prévaudrait, mais la répartition des sphères d'intérêts ou de compétence seraient déterminée par les conjoints eux-mêmes, plutôt que d'être imposée par une norme sociale<sup>95</sup>.

## **§ 2 La négociation des règles d'échange ou le pouvoir envisagé dans une perspective dynamique**

En marge des critiques adressées à la théorie des ressources, une autre thèse axée sur une vision plus dynamique de la notion de pouvoir décisionnel dans la relation conjugale s'est développée. Selon cette thèse, la théorie des ressources est incomplète en ce

---

<sup>94</sup> Voir d'ailleurs, sous l'angle de la société québécoise, les études répertoriées dans Renée B. DANDURAND, «Les dissolutions matrimoniales : un phénomène latent dans le Québec des années 60», (1985) 9 *Anthropologie et Sociétés* 87, 104-106. Voir notamment Colette MOREUX, *Fin d'une religion?*, Montréal, P.U.M., 1969, pp. 389-390 et Nicole GAGNON, *La famille ouvrière urbaine*, mémoire de maîtrise en sociologie, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1964, p. 16. Selon Dandurand (à la page 106), l'autorité de la femme dans la sphère domestique s'apparenterait davantage à un leadership affectif, intellectuel et moral, qu'à une véritable hégémonie économique et politique (au sens des décisions les plus importantes de la vie familiale). Qui plus est, il semble que l'influence des femmes subissait certaines variations selon les milieux sociaux (aux pages 107 et 108). Au sujet de l'autorité des femmes dans les familles, voir également Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 76.

<sup>95</sup> Pourtant, comme nous l'avons déjà mentionné, la sphère domestique resterait encore aujourd'hui à forte concentration féminine. Voir d'ailleurs Michel GLAUDE et François DE SINGLY, «L'organisation domestique : pouvoir et négociation», (1986) 187 *Économie et Statistique* 3.

qu'elle réduit à une analyse ponctuelle (une décision ou «outcome») un phénomène par nature séquentiel, où les rétroactions sont maintenant de plus nombreuses en raison, notamment, de la privatisation des rapports et des rôles conjugaux<sup>96</sup>.

En d'autres termes, on avance l'hypothèse qu'il serait aujourd'hui erroné de faire l'analyse du pouvoir sans prendre en considération l'ensemble de l'échange conjugal, construit et négocié par les conjoints à l'intérieur d'un continuum<sup>97</sup>. Même s'il peut paraître incongru de parler de négociation dans le cadre d'une relation aussi intime que la relation conjugale, la négociation constitue pourtant le processus qui permet aujourd'hui aux conjoints d'organiser les

---

<sup>96</sup> D'ailleurs, sur la base de ces considérations, certains auteurs préfèrent envisager le pouvoir dans la relation conjugale en termes de «powering», «decision making processes», «purposive action» ou «bargaining power». À leurs dires, ces notions traduisent mieux l'idée d'un pouvoir émanant d'une négociation constante des règles d'échange que de l'attribution d'un rôle prédéterminé. Voir Jetse SPREY, «Family Power Structure : A Critical Comment», (1972) 34 *Journal of Marriage and the Family* 235 et du même auteur «Family Power and Process : Toward a Conceptual Integration», dans Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON (dir.), *Power in Family*, New York, Halsted Press, 1975, p. 61. Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1993, p. 62 ; John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories About the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 295, à la page 306. Voir également Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651.

<sup>97</sup> Selon Jean Kellerhals et ses collègues, considérer la relation conjugale comme un échange consiste à situer celle-ci dans un espace de règles de fonctionnement relatives à la production de «biens» (monétaires, affectifs, de services), à leur dévolution au groupe ou à l'individu et aux principes d'équité qui régissent le partage : Jean KELLERHALS (dir.), J.F. PERRIN, G. STEINAUER-CRESSON, L. VONECHE et G. WIRTH, *Mariages au quotidien*, Lausanne, Éditions Pierre-Marcel Favre, 1982, p. 26.

différents aspects de leur relation<sup>98</sup>. On comprend qu'à l'opposé, la distribution systématique des rôles dans la relation traditionnelle laissait peu de place à la négociation :

«It seems a valid [argument] when we consider that by definition little or no negotiation or exercise of power is required for men and women to assume spontaneously their traditional roles as breadwinner and expressive hub, respectively.»<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Évidemment, le contexte de la négociation, de même que les objets échangés, ne sont pas les mêmes en matière matrimoniale qu'en d'autres matières : Robert WEISS et autres, «Contractual Models for Negotiation Training in Marital Dyad», (1974) 36 *Journal of Marriage and the Family* 321, 322 et 329 et Michelle PERROT, «Les échanges à l'intérieur de la famille : Approche historique», dans François DE SINGLY (dir.), *La famille : L'état des savoirs*, Paris, Éditions La Découverte, 1991, p. 97. Sur la négociation entre partenaires conjugaux, voir généralement John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 292, à la page 305 ; Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 376 ; John SCANZONI et Karen POLONKO, «A Conceptual Approach to Explicit Marital Negotiation», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 31 ; Didier LE GALL et Claude MARTIN, «Aimer sans compter? Recomposition familiale et type d'échange», (1990) 109 *Dialogue* 70, 73 ; Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 181 et Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, pp. 73-75.

<sup>99</sup> John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories About the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 295, à la page 305. Voir aussi les propos de l'auteur à la page 306. Voir aussi Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ, *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, à la page 670 ; Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 384 ; John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, p. 118 ; Robert L. WEISS, Hyman HOPS et Gerald R. PATTERSON, «A Framework for Conceptualizing Marital Conflict : A Technology for Altering it. Some Data for Evaluating it», dans Leo A. HAMERLYNCK, Lee C. HANDY et Eric J. MASH (dir.), *Behavior Change : Methodology, Concepts and Practice*, Champaign, Research

C'est donc l'analyse du processus d'échange, et non pas d'une décision décontextualisée («outcome»), qui permettrait d'établir qui des deux conjoints détient véritablement la balance du pouvoir. En ce sens, I. William Zartman écrit :

«Power is present in a negotiation situation when one party shifts another from its initial positions toward the position of the first party, because the first party has caused the second to move. Such a notion allows the analyst to compare the amount of movement effected by each party, as an index of the ability of each to cause the other to change, or, in other word, or their power.»<sup>100</sup>

Et puisque tout processus de négociation participe d'un rapport «give and take», le pouvoir entendu dans une telle perspective doit s'évaluer par la capacité d'un conjoint de maximiser les bénéfices («rewards»), au moindre coût possible («cost»)<sup>101</sup>.

---

Press, 1973, p. 309, à la page 311. Voir également Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, pp. 144-145.

<sup>100</sup> I. William ZARTMAN, «The Analysis of Negotiation», dans I. William ZARTMAN, (dir.), *The 50% Solution*, New York, Anchor Books, 1976, p. 1 (cité dans John SCANZONI et Karen POLONKO, «A Conceptual Approach to Explicit Marital Negotiation», (1980) *Journal of Marriage and the Family*, 31, 34.) Évidemment, le pouvoir s'évalue non seulement par la quantité de changements concédés, mais aussi par l'importance de l'enjeu au centre de la négociation : «[...] how important the matter is to Actor should be considered in figuring how much power Actor has, or doesn't have. Their reasoning is that the importance of a matter give us a clue to how hard Actor "pushes the boulder"[...].» : John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, p. 87.

<sup>101</sup> John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 295, à la page 313. Cette perspective (conforme à la théorie de l'échange social) rejoint d'ailleurs la conception du mariage qu'entretiennent certains spécialistes de

Cela dit, au-delà des ressources possédées par chacun des conjoints<sup>102</sup>, certains facteurs auraient une influence particulière dans l'analyse du processus de négociation et par conséquent, dans la répartition du pouvoir conjugal<sup>103</sup>.

Mentionnons d'abord les caractéristiques personnelles de chacun des conjoints<sup>104</sup>. Selon certains, plus l'écart entre l'âge ou l'expérience conjugale des conjoints est grand, plus la distribution du pouvoir serait asymétrique<sup>105</sup>. On comprend qu'un conjoint plus âgé ou plus expérimenté sur le plan des échanges conjugaux possède des réflexes

---

la relation conjugale : Robert WEISS et autres, «Contractual Models for Negotiation Training in Marital Dyad», (1974) 36 *Journal of Marriage and the Family* 321. Voir aussi Luc GRANGER, *La communication dans le couple*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1980, p. 122.

<sup>102</sup> Nous faisons ici référence aux «ressources» telles que conceptualisées dans la section précédente, ou, pour reprendre les termes de Maximiliane Szinovacz, des «power bases» : Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, à la page 676.

<sup>103</sup> John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 295, à la page 308.

<sup>104</sup> Notons que certains catégorisent les caractéristiques personnelles des conjoints comme des ressources : voir à ce sujet Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, à la page 665.

<sup>105</sup> Ces caractéristiques sont classées sous le nom de «compositional variables» : John SCANZONI et Karen POLONKO, «A Conceptual Approach to Explicit Marital Negotiation», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 31, 35. Voir cependant Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, à la page 669.

susceptibles d'augmenter ses habiletés de négociation et partant, d'influencer le processus en sa faveur<sup>106</sup>.

Pareillement, l'autoritarisme d'un conjoint, son estime de lui-même<sup>107</sup>, son sens de la persuasion, de même que les connaissances techniques qu'il est en mesure de faire valoir à l'occasion d'un échange, auraient un impact évident sur la répartition du pouvoir<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> Ces caractéristiques sont classées sous le nom de «compositional variables» : John SCANZONI et Karen POLONKO, «A Conceptual Approach to Explicit Marital Negotiation», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 31, 35. Sur les stratégies utilisées lors de la négociation entre conjoints, voir Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ, *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, à la page 674. D'autre part, on doit noter que certains auteurs considèrent que les femmes, comme groupe de personnes, négocient avec une approche davantage axée sur la collaboration que les hommes, ce qui les désavantagerait au plan contractuel : Carol ROSE, «Women and Property : Gaining and Losing Ground», (1992) *Va. L.R.* 421. Voir également Marcia NEAVE, «Resolving the Dilemma of Difference : "The Role of Private Ordering"», (1994) 41 *University of Toronto Law Journal* 97 ; Penelope EILEEN BRYAN, «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion», (1999) 47 *Buffalo Law Review* 1153, 1180 et suiv. Sur l'attitude des femmes dans les interactions, voir généralement Carol GILLIGAN, *In a Different Voice : Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

<sup>107</sup> L'estime de soi («self-esteem») est effectivement perçue comme une ressource de nature à influencer le processus de négociation. Voir notamment John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, pp. 31-32.

<sup>108</sup> John SCANZONI et Karen POLONKO, «A Conceptual Approach to Explicit Marital Negotiation», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 31, 32 et 35 ; Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, aux pages 667-668. Les aptitudes ou habiletés à négocier sont parfois qualifiées de «Informational Power» et les connaissances techniques de «Expert power». Voir Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON, «Power in Families», dans Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON (dir.), *Power in Families*, New York, Halsted Press, 1975, p. 3, à la page 6. Voir aussi Bertram H. RAVEN, Richard CENTERS et Aroldo

D'autres variables, non pas personnelles, mais plutôt contextuelles, seraient également déterminantes. Ces variables interreliées nous conduisent à évaluer l'expérience des conjoints sur le plan de la négociation. En somme, le contexte dans lequel se sont déroulées les négociations passées serait de nature à influencer le déroulement des négociations futures.

La première variable se rapporte au caractère coopératif dont les conjoints ont su faire preuve l'un à l'égard de l'autre («cooperativeness»). L'un d'eux négocie-t-il généralement dans le but d'en arriver à une solution optimale pour le couple («maximum joint profit») ou, au contraire, défend-il plutôt ses intérêts personnels («maximal individual profit»)? Évidemment, l'attitude coopérative qu'un conjoint aura démontré dans le passé favorisera un comportement semblable chez l'autre au cours des négociations futures. En conséquence, leurs positions respectives devraient s'assouplir : «[c]ooperativeness tends to stimulate mutual cooperativeness»<sup>109</sup>. Au contraire, si un conjoint s'est distingué par sa rigidité, l'autre aura tendance à durcir ses positions<sup>110</sup>.

---

RODRIGUES, «The Bases of Conjugal Power», dans Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON (dir.), *Power in Family*, New York, Halsted Press, 1975, p. 217, à la page 219.

<sup>109</sup> John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, p. 36.

<sup>110</sup> John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 295, à la page 307 ; Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, à la page 671. Voir

La deuxième variable contextuelle fait appel à la notion de confiance («trust»). Plus la confiance qu'un conjoint a développé envers l'autre est élevée, plus ses positions seront souples et plus grande sera sa propension à accepter un compromis. En somme, la confiance lui fournira l'assurance de récupérer éventuellement la monnaie de sa pièce. À l'inverse, si en raison d'expériences passées, un conjoint nourrit de la méfiance ou du ressentiment envers l'autre, ses positions seront vraisemblablement plus rigides et sa disposition au compromis plus faible.

La troisième variable concerne le sentiment d'équité ou de justice ressenti par les conjoints («distributive justice», «fairness» ou «equity»). Comme l'expriment John Scanzoni et Maximiliane Szinovacz, «[...] a common definition [of fairness] is the feeling that one receiving the "proper" amount of benefits from a situation relative to what one has put in it»<sup>111</sup>. Dans la mesure où un conjoint estime que les échanges ont généralement été justes et raisonnables à son égard, il sera davantage ouvert au compromis. En cas contraire, ses positions seront naturellement moins flexibles<sup>112</sup>.

---

aussi John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, pp. 35-36.

<sup>111</sup> John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, p. 37.

<sup>112</sup> John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 295, à la page 307. Voir aussi Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1993, pp. 79-81.



On l'aura constaté, ces trois variables interdépendantes sont de nature à influencer l'issue des négociations et partant, la répartition du pouvoir. Lorsque les conjoints négocient tous les deux dans l'intérêt du couple et de la relation, en toute confiance, et qu'ils considèrent les positions de l'autre justes et équitables, ils contribuent non seulement à rendre les échanges plus flexibles, mais à favoriser une distribution du pouvoir plus égalitaire :

«When there is greater convergence over these dimensions, there is likely to be greater mutual flexibility in bargaining positions and, thus, greater symmetry of power.»<sup>113</sup>

Devant l'absence de solution négociée, une décision pourrait être imposée par le conjoint qui détient la balance du pouvoir<sup>114</sup>. En cas de résistance de part et d'autre, un conflit pourrait éclater.

---

<sup>113</sup> John SCANZONI et Karen POLONKO. «A Conceptual Approach to Explicit Marital Negotiation», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 31. 42.

<sup>114</sup> Le pouvoir exercé dans ce contexte sera alors perçu par celui qui le subit comme étant illégitime («illegitimate power» ou «domination») et inéquitable («distributive injustice»), la décision étant imposée sans qu'aucun bénéfice futur ne puisse être escompté en retour : John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 295, aux pages 308 et 309. Certains qualifient le pouvoir exercé ici de «coercitive power» : Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON, «Power in Families» dans Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON (dir.), *Power in Families*, New York, Halsted Press, 1975, p. 3, à la page 6. Voir aussi Bertram H. RAVEN, Richard CENTERS et Aroldo RODRIGUES, «The Bases of Conjugal Power», dans Ronald E. CROMWELL et David H. OLSON (dir.), *Power in Family*, New York, Halsted Press, 1975, p. 217, à la page 219.

#### SECTION 4 : LA COMMUNICATION CONJUGALE

On ne pourrait faire l'analyse de la dynamique de la relation conjugale sans aborder, ne serait-ce que sommairement, la communication entre les conjoints<sup>115</sup>. Il suffit d'ailleurs de prendre connaissance de l'abondante littérature publiée sur la communication pour se convaincre de l'importance accordée au sujet.

De façon unanime, les auteurs reconnaissent qu'une communication efficace entre les conjoints est susceptible d'augmenter la qualité et la stabilité de leur relation<sup>116</sup>. Il ne s'agit pas là d'une révélation, mais d'une évidence.

---

<sup>115</sup> John Scanzoni et Maximiliane Szinovacz qualifient l'aptitude à la communication d'empathie (« empathy ») : voir John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, p. 39.

<sup>116</sup> Voir notamment la synthèse présentée dans Patricia NOLLER, *Nonverbal Communication and Marital Interaction*, New York, Pergamon Press, 1984, p. 11 et p. 25. Voir aussi Stephen J. BAHR, *Family Interaction*, New York, Macmillan Publishing, 1989, p. 105 et p. 107 ; Madeleine BEAUDRY et Jean-Yves BOISVERT, *Psychologie du couple*, Montréal, Éditions du Mériédien, 1988, pp. 131-132 ; Carmen SANSREGRET-SCOTT, *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973 ; Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 381 ; Mary Anne FITZPATRICK, *Between Husbands and Wives : Communication in Marriage*, Newbury Park, Sage Publications, 1988, p. 36 et suiv. ; Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 251 ; Barbara M. MONTGOMERY, « The Form and Function of Quality Communication in Marriage », (1981) 30 *Family Relations* 21 et Patricia NOLLER et Mary Anne FITZPATRICK, « Marital Communication in the Eighties », (1990) 52 *Journal of Marriage and the Family* 842.

Quoiqu'il en soit, la communication est beaucoup plus qu'un simple élément contribuant au bonheur conjugal. Elle est plus que jamais un ingrédient indispensable à l'organisation des échanges. Comme nous l'avons vu dans les sections précédentes, les rôles conjugaux et les attentes ne sont plus prédéterminés. Les rapports sont aujourd'hui construits et négociés par les conjoints eux-mêmes. Dans cette perspective, la communication ne peut jouer qu'un rôle de premier plan<sup>117</sup>.

Bien qu'il s'agisse d'un concept connu, il importe tout de même de situer le sujet d'étude en le définissant clairement. Entendue dans un sens général, la communication réfère non seulement à la libre transmission d'informations et d'émotions par les interlocuteurs concernés, mais aussi à leur compréhension mutuelle des éléments ainsi transmis.

«Communication is defined quite specifically as the degree to which [a spouse] perceives she or he can say anything at all to [the] other. Understanding defines the degree to which [a spouse] believes that [the] other grasps what [she or he] is actually saying. In short, is there (1) an open really between them ; and (2) is there

---

<sup>117</sup> Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI. *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York. McGraw-Hill, 1988, p. 375. Voir aussi John SCANZONI, «Social Processes and Power in Families», dans Wesley R. BURR, Reuben HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 295, à la page 309.

accurate reception?»<sup>118</sup>

Cela dit, il existe différents niveaux de communication dans le couple. Le sociologue Jean-Claude Kaufmann en distingue cinq<sup>119</sup>. Le premier niveau réfère à la conversation de tous les jours, sans implication immédiate<sup>120</sup> ; le deuxième est constitué des échanges affectifs et amoureux ou en d'autres termes, des paroles de réconfort ; le troisième renvoie aux discussions visant à élaborer les choix tactiques et stratégiques de l'entreprise conjugale ; le quatrième fait référence à la gestion de l'insatisfaction et des différends et le cinquième se rapporte aux tentatives d'analyse de la relation elle-même, de bilans et d'éventuelles réformes.

Puisqu'ils se situent généralement dans un contexte de négociation et contribuent d'une façon ou d'une autre à structurer le cadre de la relation conjugale, seuls les trois derniers niveaux de communication nous intéressent. C'est donc sous cet angle qu'il faudra comprendre toute référence à la communication conjugale.

---

<sup>118</sup> John SCANZONI et Maximiliane SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980, p. 39.

<sup>119</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, P.U.F., 1993, pp. 112-113.

<sup>120</sup> Toutefois, ce niveau de communication, que l'on peut qualifier de dialogue, est d'une importance capitale sur le plan fonctionnel puisqu'il constitue la toile de fond du couple.

## § 1 Les formes de la communication conjugale

La communication, au sens où nous l'entendons, se présente principalement sous trois formes. Elle peut être explicite, implicite ou mixte. La communication explicite suppose généralement un échange verbal, ouvert et orienté<sup>121</sup>. Au contraire, la communication implicite n'implique pas l'usage direct de la parole. Elle se traduit par des attitudes ou gestes significatifs ou par la construction de situations d'interaction<sup>122</sup>. Enfin, la communication mixte, on l'aura deviné, suppose un mélange des deux premières formes.

Règle générale, toute communication est constituée de messages explicites, implicites et mixtes<sup>123</sup>. Les interlocuteurs ont systématiquement recours aux trois formes de communication, quel que soit le contexte dans lequel se découle leur échange. Prétendre le contraire équivaldrait à nier la nature humaine et les sens qui l'accompagnent.

---

<sup>121</sup> «Explicitness is the quality of being specific, clear and open» : Anthony N. MALUCCIO et Wilma D. MARLOW, «The Case for the Contract», (1974) 19 *Social Work* 28, 33.

<sup>122</sup> Patricia Noller divise les signaux en deux catégories : le «vocal channel» qui réfère au ton utilisé et le «visual channel» qui correspond à l'expression faciale, aux gestes et à la posture : Patricia NOLLER, *Nonverbal Communication and Marital Interaction*, New York, Pergamon Press, 1984, p. 7.

<sup>123</sup> Patricia NOLLER, *Nonverbal Communication and Marital Interaction*, New York, Pergamon Press, 1984, p. 21. Voir également Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale: analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 148.

Cependant, certaines relations sont davantage basées sur la communication explicite, du moins lorsqu'il s'agit d'établir et d'arrêter les orientations et décisions qui structurent l'échange. Il en est ainsi des relations entre partenaires d'affaires. Bien qu'ils aient pu transmettre certains messages implicites ou mixtes au cours des négociations ou pourparlers, ceux-ci utiliseront généralement les canaux de la communication explicite pour déterminer les balises de l'échange.

Au contraire, il semble que la communication conjugale réponde à des principes forts différents. Comme Jean-Claude Kaufmann l'écrit:

«L'essentiel de la communication critique et négociatrice [entre conjoints] contourne l'utilisation de la parole ouverte, franche et bien construite. Grâce à des procédés multiples qui ont en commun de faire comprendre (plus ou moins bien) sans rompre les automatismes et ce qui va de soi, à dire ou plutôt laisser entendre brièvement quelques petites choses sans casser la machine à faire fonctionner le couple, fondée sur l'implicite.»<sup>124</sup>

Les messages implicites confortent effectivement l'illusion du «ça se passe tout seul», si chère aux partenaires conjugaux. En réalité, les conjoints refusent traditionnellement d'admettre le caractère

---

<sup>124</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, P.U.F., 1993, p. 114. Sur la communication implicite dans le couple, voir généralement Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 80, p. 143 et pp. 154-155. Voir enfin Carmen SANSREGRET-SCOTT, *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973, p. 16 et p. 20.

organisé de leur relation et d'en divulguer les calculs sous-jacents, de peur de dénaturer l'économie dominante de la relation conjugale apparemment fondée sur le don de soi<sup>125</sup>. Or, la communication explicite pourrait bien trahir cette réalité en amenant progressivement les conjoints à négocier plus ouvertement le cadre de leurs échanges<sup>126</sup>. Dans cette perspective, il n'est pas surprenant de constater la forte résistance qu'opposent certains couples à une plus grande utilisation de ce type de communication.

Pourtant, comme nous tenterons de le démontrer dans le chapitre suivant, la relation conjugale s'inscrit rarement, sinon jamais, dans la seule économie du don. Elle constitue un échange où chacun doit trouver son compte. On aurait pu croire que les couples d'aujourd'hui, de plus en plus conscients de la nouvelle dynamique conjugale, ne se seraient pas laissés subjugués par une conception idéaliste, mais il n'en est rien<sup>127</sup>. D'ailleurs, dans une relative incohérence, les couples contemporains se réclament d'une philosophie égalitaire. Or, l'idée d'égalité s'oppose à celle du don pur, car elle est fondée sur l'évaluation et la défense des intérêts respectifs, alors que le don se développe en dehors de ces considérations.

---

<sup>125</sup> *Infra*, §2, section 2, chapitre 2, partie 2.

<sup>126</sup> «Le don de soi s'enracine dans les certitudes et la non-représentation, alors que le calcul de la dette tend à l'évaluation et la négociation» : Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 129.

<sup>127</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 144.

Pourra-t-on encore longtemps masquer l'incontournable logique de l'échange et justifier le rejet plus ou moins catégorique des canaux de communication explicite? Certains semblent en douter. En effet, des spécialistes de la relation conjugale ont proposé, au cours des dernières décennies, un grand nombre d'outils et de programmes destinés à développer les habilités de communication explicite et de négociation chez les conjoints<sup>128</sup>. Autre temps, autres mœurs, la négociation constante du cadre de la relation conjugale exigerait une plus grande et meilleure utilisation de ce type de communication<sup>129</sup>.

Il n'est pas dans notre intention d'analyser les différentes

---

<sup>128</sup> Voir les auteurs cités dans Patricia NOLLER, *Nonverbal Communication and Marital Interaction*, New York, Pergamon Press, 1984, p. 181 et suiv. Voir également Madeleine BEAUDRY et Jean-Yves BOISVERT, *Psychologie du couple*, Montréal, Éditions du Mérédien, 1988, p. 131 et suiv. ; Luc GRANGER, *La communication dans le couple*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1980, p. 67 et suiv. ; Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 254 et Daniel O'LEARY et Hillary TURKEWITZ, «A Comparative Outcome Study of Behavioral Marital Therapy and Communication Therapy», (1981) 1 *Journal of Marriage and Family Therapy* 159, 162-163.

<sup>129</sup> Voir notamment Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 144 ; Robert L. WEISS, Hyman HOPS et Gerald R. PATTERSON, «A Framework for Conceptualizing Marital Conflict : A Technology for Altering it, Some Data for Evaluating it», dans Leo A. HAMERLYNCK, Lee C. HANDY et Eric J. MASH (dir.), *Behavior Change : Methodology, Concepts and Practice*, Champaign, Research Press, 1973, p. 309, à la page 311 ; Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 384 ; Maximiliane SZINOVACZ, «Family Power», dans Marvin B. SUSSMAN et Suzanne K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651, à la page 671. Voir aussi Robert WEISS et autres, «Contractual Models for Negotiation Training in Marital Dyad», (1974) 36 *Journal of Marriage and the Family* 321, 329. Voir enfin les propos des anthropologues américains Nena et Georges O'Neill dans *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, à la page 186.



stratégies d'intervention mises de l'avant par les spécialistes de la relation conjugale. L'objet de la présente thèse ne s'y prête pas. Une pratique mérite toutefois que l'on s'y attarde quelque peu, en raison du modèle contractuel qui la sous-tend.

## § 2 La communication explicite par le contrat

Principalement développée aux États-Unis durant les années '70 et '80, cette pratique conçoit le contrat, non pas en termes d'engagement contraignant ayant force de loi, mais d'outil permettant aux partenaires conjugaux de confronter leurs objectifs respectifs et leur conception du mariage<sup>130</sup>. Autrement dit, les conjoints sont amenés à expliciter dans un contrat les attentes qu'ils entretiennent l'un par rapport à l'autre, et ce, dans toutes les

---

<sup>130</sup> En ordre de priorités, voir Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 232-233 ; J. GIBSON WELLS, «A Critical Look at Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator* 33, 37 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217 ; Clifford SAGER, Helen S. KAPLAN, Ralph H. GRUNLACH, Malvina KREMER, Rosa LENZ et Jack R. ROYCE, «The Marriage Contract», (1971) 10 *Family Process* 311, 312 ; Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 83. Dans une perspective plus générale sur l'utilisation du contrat comme support à l'explicitation, voir Anthony N. MALUCCIO et Wilma D. MARLOW, «The Case for the Contract», (1974) 19 *Social Work* 28, 29-30 et 33. Ces auteurs écrivent d'ailleurs, à la page 33 : «The contract offers an opportunity to spell out as openly as possible the conditions, expectations, and responsibilities inherent in the planned interaction».

sphères de la vie conjugale<sup>131</sup>.

On peut évidemment s'interroger sur les raisons qui ont pu inciter certains spécialistes de la relation conjugale à privilégier le modèle contractuel comme support à l'explicitation. Selon l'argument le plus répandu, le recours au contrat pourrait s'expliquer par la nature contractuelle du mariage<sup>132</sup>. À ce sujet, Lenore J. Weitzman écrit :

«Many therapists believe that marriage and other intimate relationships are, in large part, contractual relationship ; that is, they are based on a set of expectations and understandings between two parties. And while these understandings are rarely articulated, and even more rarely reduced to writing, they

---

<sup>131</sup> On peut penser, par exemple, aux attentes portant sur les fondements de la relation, les rôles conjugaux, les questions d'ordre pécuniaire, les relations avec les tiers et notamment avec la parenté, l'éducation des enfants communs et issus d'une union précédente, la vie sexuelle, la religion, les tâches ménagères, le travail, etc. À ce sujet, voir en ordre de priorités, Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 219 et suiv. ; Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 232 et suiv. ; Luc GRANGER, *La communication dans le couple*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1980, p. 39 et suiv. et Françoise BRAUN, «Malgré et avec l'amour : une entente de parentage», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 81.

<sup>132</sup> En ordre de priorités, voir J. GIBSON WELLS, «A Critical Look at Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator*, 33, 34 ; Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 236 ; Robert WEISS et autres, «Contractual Models for Negotiation Training in Marital Dyad», (1974) 36 *Journal of Marriage and the Family* 321 ; Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> ed., New York, Random House, 1988, p. 166 et p. 171. Dans une perspective plus large, voir également Anthony N. MALUCCIO et Wilma D. MARLOW, «The Case for the Contract», (1974) 19 *Social Work* 28, 29-30.

nevertheless form the structure of the parties relationship.»<sup>133</sup>

En somme, la relation des conjoints trouve son fondement dans la conjugaison des attentes mutuelles. Alors qu'elles sont usuellement laissées au plan de l'implicite et des présupposés, le modèle d'intervention préconisé par les spécialistes de la relation conjugale en favorise simplement l'explicitation sous forme d'engagements réciproques. En ce sens, le psychiatre Clifford Sager observe :

«[...] The reciprocal aspects of the stated expectations are not usually verbalized or recognized. The statement is usually made as a wish, desire, or loosely defined plan, but not in terms of "what I expect you to do for me in exchange".»<sup>134</sup>

Outre l'explicitation des attentes mutuelles, certains spécialistes de la relation conjugale ont également eu recours au processus contractuel dans le but de gérer des insatisfactions liées au comportement d'un conjoint ou de faciliter la résolution de différends en cours de relation («problem solving»). Il ne s'agit donc plus d'expliciter les objectifs et les attentes en termes généraux, mais de régir des situations problématiques précises aux fins d'améliorer la qualité de la relation conjugale.

---

<sup>133</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 236.

<sup>134</sup> Clifford SAGER, *Marriage Contracts and Couple Therapy*, New York, Brunner/Mazel, 1976, pp. 4 et 20.

Le contrat devient alors l'instrument thérapeutique utilisé pour circonscrire le problème diagnostiqué et identifier les changements souhaités par chacun des conjoints pour l'enrayer ou l'atténuer. Certains poussent même la logique contractuelle plus loin, en liant l'accomplissement d'un engagement particulier à l'obtention d'une contrepartie précise et inversement, le non accomplissement à l'application d'une sanction. En d'autres termes, le contrat lui-même envisage les conséquences positives et négatives découlant du respect ou du non-respect des engagements. Il s'agit là, semble-t-il, d'un moyen susceptible de favoriser les échanges positifs entre les partenaires<sup>135</sup>.

Cette dernière utilisation ne fait pas, cependant, l'unanimité. Sur la base d'expériences cliniques, des auteurs en sont venus à la conclusion qu'une telle pratique rebutait certains couples par son manque de spontanéité. En ce sens, les professeurs Madeleine

---

<sup>135</sup> Voir, en ordre de priorités, Robert WEISS et autres, «Contractual Models for Negotiation Training in Marital Dyad», (1974) 36 *Journal of Marriage and the Family* 321, 323-324 ; Richard B. STUART, «Operant-interpersonal Treatment for Marital Discord», (1969) 33 *Journal of Consulting and Clinical Psychology* 675 ; J. GIBSON WELLS, «Personal Marriage Contracts», (1976) *The Family Coordinator* 33, 36 ; A. Lynn SCORESBY, Franklin J. APOLONIO et Gary HATCH, «Action Plans : An Approach to Behavior Change in Marriage Education», (1974) 23 *The Family Coordinator* 343 ; Elaine A. BLECHMAN, «The Family Contract Game», (1974) 23 *The Family Coordinator* 269 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, aux pages 223-224 ; David O'LEARY et Hillary TURKEWITZ, «A Comparative Outcome Study of Behavioral Marital Therapy and Communication Therapy», (1981) 1 *Journal of Marital and Family Therapy* 159. Voir également la synthèse présentée dans Patricia NOLLER, *Nonverbal Communication and Marital Interaction*, New York, Pergamon Press, 1984, pp. 197-198.

Beaudry et Jean-Yves Boisvert écrivent:

«[...] bon nombre de couples dévaloriseront facilement les changements qui dépendent d'une structure externe imposée de façon trop évidente. Ils auront tendance à interpréter ces changements comme étant forcés plutôt que provenant d'un véritable désir d'amélioration. Il est toujours possible de changer leur opinion, mais ce n'est généralement pas facile. Et c'est inutile si on peut éviter ce problème en employant d'autres procédures et obtenir, somme toute, de meilleurs résultats.»<sup>136</sup>

Cela dit, le modèle contractuel préconisé par les spécialistes de la relation conjugale, quel qu'en soit l'objectif, n'a aucune force obligatoire sur le plan judiciaire, contrairement aux contrats dits «juridiques». Si l'un des conjoints s'entête à adopter un comportement contraire aux attentes de l'autre exprimées dans le contrat, on ne pourra évidemment demander au tribunal de prononcer une sanction<sup>137</sup>. La fonction du contrat utilisé dans cette perspective, rappelons-le, n'est pas celle que préconise les juristes.

---

<sup>136</sup> Madeleine BEAUDRY et Jean-Yves BOISVERT, *Psychologie du couple*, Montréal, Éditions du Ménédién, 1988, pp. 127-128. Voir également les ouvrages cités par les auteurs en note 2.

<sup>137</sup> Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 175 ; David J. ROLFE, «Pre-Marriage Contracts : An Aid to Couples Living with Parents», (1977) 26 *The Family Coordinator* 281, 284. Voir également Carlfred B. BRODERICK, *Marriage and the Family*, 3<sup>e</sup> éd., New-Jersey, Prentice Hall, 1988, p. 186. Dans le même sens, à propos d'une entente concernant la conception, la mise au monde et l'éducation d'un enfant à venir, voir Françoise BRAUN, «Malgré et avec l'amour : une entente de parentage», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 81, à la page 84.

En d'autres termes, le contrat se conçoit non pas comme un outil-sanction, mais comme un mode d'expression, de communication et de planification<sup>138</sup>.

Par ailleurs, le modèle contractuel proposé postule la nature dynamique de la relation conjugale. Voilà pourquoi il est conçu en termes flexible et évolutif<sup>139</sup>. Les conjoints doivent pouvoir en revoir ou en renégocier certains éléments en fonction des changements de circonstances qui les affectent :

«Contracts on any or all levels are dynamic and may

---

<sup>138</sup> Quoiqu'il en soit, la forme contractuelle donnée aux dispositions poursuivant cette fin et le caractère solennel qui en résulte contribueraient à accroître leurs chances de réalisation. Voir, en ordre de priorités, Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 233 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 221.

<sup>139</sup> Voir, en ordre de priorités, Clifford SAGER, Helen S. KAPLAN, Ralph H. GRUNLACH, Malvina KREMER, Rosa LENZ, Jack R. ROYCE, «The Marriage Contract», (1971) 10 *Family Process* 311, 314 ; Clifford SAGER, *Marriage Contracts and Couple Therapy*, New York, Brunner/Mazel, 1976, p. 21 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, aux pages 226-227 ; A. Lynn SCORESBY, Franklin J. APOLONIO et Gary HATCH, «Action Plans: An Approach to Behavior Change in Marriage Education», (1974) 23 *The Family Coordinator* 343, 344 ; Elaine A. BLECHMAN, «The Family Contract Game», (1974) 23 *The Family Coordinator* 269, 274. Voir également Luc GRANGER, *La communication dans le couple*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1980, p. 17 et p. 19 et suiv. Voir enfin les propos des anthropologues américains Nena O'Neill et Georges O'Neill dans *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, aux pages 66 et 67. Dans une perspective plus générale, voir Anthony N. MALUCCIO et Wilma D. MARLOW, «The Case for the Contract», (1974) 19 *Social Work* 28, 34.

change at any point in the marital relationship. As might be expected, such changes frequently take place when is a significant modifications of needs, expectations, or role demands of one or both partners, or when a new force enters in the marital system. Thus, there are several points in time at which one might find the nature of the marriage contract of particular interest : during courtship, at the end of the first year of marriage, after the birth of children, during and after a dislocating experience, when children leave home, etc.»<sup>140</sup>

À cet égard, il semble que les premières années de vie commune soient déterminantes. L'expérience de la vie à deux amènerait généralement les conjoints à réévaluer leur projet commun et les attentes initialement exprimées. D'ailleurs, certains croient qu'il est très difficile, voire même illusoire, pour les conjoints qui n'ont qu'une très faible expérience de vie commune d'élaborer un véritable contrat conjugal :

«Perhaps it could be said that most [new] couples are too "starry eyes" to be very objective about evaluating their own feelings and the dynamics of the relationship as it exists and as it might be in the future.»<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> Clifford SAGER, Helen S. KAPLAN, Ralph H. GRUNLACH, Malvina KREMER, Rosa LENZ, Jack R. ROYCE, «The Marriage Contract», (1971) 10 *Family Process* 311, 314.

<sup>141</sup> Claude A. GULNER, «The Post Marital : An Alternative to Pre-Marital Counseling», (1971) 20 *The Family Coordinator* 115. Voir aussi, en ordre de priorités, J. GIBSON WELLS, «A Critical Look at Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator*, 33, 34 et Luc GRANGER, *La communication dans le couple*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1980, p. 21.

Aussi, le contrat contient-il un engagement formel des conjoints à se soumettre à des exercices de réévaluation périodique :

«One of the major items of the contract would be the provision for periodic renegotiation of the items which were of concern to the pair, or which might be subject to change as the marriage progressed. Thus, the couple would not be bound to an iron-clad contract, but rather a commitment to communicate continuously with one another on matters which concerned them.»<sup>142</sup>

Le modèle contractuel utilisé par les spécialistes de la relation conjugale assure donc, à sa face même, sa propre flexibilité. À cet égard, il se distingue nettement du contrat dit juridique de la doctrine classique. En droit positif, un contrat ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être renégocié une fois clos. Il est définitif et statique. S'il est incomplet, le droit supplétif comblera les lacunes.

Conséquemment, les manquements aux obligations stipulées n'auront pas le même effet dans les deux types de contrat. Dans le premier type, l'inexécution d'une obligation signalera aux parties l'importance de procéder à un exercice de réajustement. Dans le second, le même manquement constituera un défaut pour lequel la loi

---

<sup>142</sup> J. GIBSON WELLS, «A Critical Look at Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator*, 33, 36. Voir également, dans une perspective plus générale, Anthony N. MALUCCIO et Wilma D. MARLOW, «The Case for the Contract», (1974) 19 *Social Work* 28, 33.



prévoit une sanction<sup>143</sup>.

### **Conclusion du chapitre**

Aux termes de ce chapitre, on ne peut que constater l'évolution marquante de la relation conjugale au cours des quarantes dernières années. Alors que les conjoints d'autrefois se mariaient pour procréer, les conjoints d'aujourd'hui recherchent essentiellement, à travers la vie commune, leur épanouissement personnel et leur bonheur respectifs. Alors que les conjoints d'autrefois assumaient le rôle conjugal que leur dictaient les impératifs sociaux, les conjoints d'aujourd'hui occupent généralement le rôle qui correspond à leurs propres attentes, qu'elles soient d'ordre personnel, familial ou économique. Alors que le couple d'autrefois était marqué par l'inégalité et caractérisé par la centralisation des pouvoirs entre les mains du mari, les conjoints d'aujourd'hui tendent à des rapports de plus en plus égalitaires.

Par surcroît, les habitudes de communication conjugale semblent en voie d'évoluer. Sensibilisés par les spécialistes de la relation conjugale, de plus en plus de couples reconnaissent aujourd'hui les mérites et les vertus d'une communication ouverte et explicite. Pour certains, la communication pourrait même emprunter la voie du

---

<sup>143</sup> Voir Anthony N. MALUCCIO et Wilma D. MARLOW. «The Case for the Contract», (1974) 19 *Social Work* 28, 34.

contrat écrit.

Bref, la relation conjugale doit être abordée avec une perspective entièrement renouvelée. Trop souvent, l'analyse que nous en faisons est orientée par des réflexes ou des références basées sur des conceptions dépassées. Certes, il n'est pas facile de faire preuve de toute l'objectivité requise lorsqu'on traite d'un sujet aussi personnel et intime que la relation conjugale. Si nous ne sommes pas nous-mêmes engagés dans une telle relation, certains de nos proches le sont à coup sûr.

Cependant, au-delà des schémas traditionnels et des subjectivités, il convient de prendre acte de l'évolution décisive de la relation conjugale et d'analyser toute nouvelle approche avec la rigueur et l'objectivité nécessaires. Ce n'est qu'à cette condition que l'on pourra répondre adéquatement aux nouveaux besoins des conjoints.

## **CHAPITRE 2**

### **LA NORMATIVITÉ DE LA RELATION CONJUGALE**

Au plan normatif, le couple est une réalité à la fois accessible et complexe. Accessible parce qu'il participe du quotidien d'une vaste majorité de personnes. Ainsi, notre entourage immédiat constitue un laboratoire d'études pouvant nous amener à corroborer un grand nombre d'hypothèses de recherche.

Complexe en raison de la multiplicité et de l'interaction des normes qui le régulent<sup>1</sup>. La cellule conjugale génère sa propre normativité, tout en étant affectée et influencée par certaines normes émanant de l'extérieur. Pour reprendre la conceptualisation développée par la professeure Sally Falk Moore, le couple constitue un «champ social semi-autonome» :

«The semi-autonomous social fields has rule making

---

<sup>1</sup> Le mot «norme» est habituellement utilisé par les sociologues pour décrire les guides de conduite généralement admis dans une situation donnée, à une époque donnée : Arnold BIRENBAUM et Edward SAGARIN, *Norms and Human Behavior*, New York, Praeger Publishers, 1976, p. 1.

capacities, and the means to induce or coerce compliance ; but it is simultaneously set in a larger social matrix which can, and does, affect and invade it, sometimes, at the invitation of persons inside it, sometimes at its own instance.»<sup>2</sup>

Nous proposons, dans les pages qui suivent, d'examiner les différentes sources normatives de la cellule conjugale. À cette fin, nous diviserons notre étude en deux sections : nous analyserons d'abord les sources de la normativité externe (section 1), pour nous intéresser ensuite aux sources de la normativité interne (section 2).

Si le chapitre précédent a permis de saisir la dynamique de la relation conjugale, ce chapitre devrait nous amener à identifier les canaux normatifs à travers lesquels cette dynamique a pu évoluer au cours des dernières décennies.

## SECTION I : LES SOURCES DE LA NORMATIVITÉ EXTERNE

Les sources de la normativité externe de la relation conjugale sont de deux ordres. Nous examinerons, dans un premier temps, l'influence normative de la religion et de la parenté. Nous analyserons ensuite l'effet régulateur des normes imposées aux conjoints par le droit étatique.

---

<sup>2</sup> Sally FALK MOORE. «Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study». (1973) 7 *Law and Society Review* 719, 720.

## § 1 La religion et la parenté

Avant la révolution tranquille, le mariage était d'abord considéré, par la presque totalité des Québécois et Québécoises, comme un acte religieux<sup>3</sup>. Le mariage consacrait le début de la vie commune et la naissance d'une famille en devenir. Dans cette perspective, les aspects civils occupaient une place nettement secondaire, du moins pour les futurs époux.

Forte de cette reconnaissance sociale, l'Église se considérait justifiée d'intervenir dans les affaires conjugales et familiales en imposant ses propres valeurs et sa propre conception des choses. En d'autres termes, l'Église dictait les fondements et objectifs du mariage, de même que les rôles conjugaux, en termes d'impératifs religieux et moraux<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> D'ailleurs, jusqu'en 1968, l'Église catholique sera la seule officiante des rites de passage de la naissance, de l'alliance et de la mort et à ces occasions, la seule responsable de l'enregistrement des actes de l'état civil : Jean PINEAU, *Mariage, divorce et séparation*, Montréal, P.U.M., 1978, p. 8. Sur le caractère sacré du mariage, voir aussi Michel VERDON, *Anthropologie de la colonisation au Québec*, Montréal, P.U.M., 1973, p. 77. Pour un exposé sur les fondements du mariage chrétien, voir Roger GÉRAUD, *Le mariage et la crise du couple*, Verviers, Éditions Gérard Marabout, 1973, pp. 41-60.

<sup>4</sup> Renée B. DANDURAND, *Le mariage en question*, Québec, I.Q.R.C., 1988, p. 31 et Renée B. DANDURAND, «Une vie familiale en transformation», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couple et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 10 et, du même auteur, «Les dissolutions matrimoniales : un phénomène latent dans le Québec des années 60», (1985) 9 *Anthropologie et Sociétés* 87, 89 ; Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 64 et suiv. Sur la religion comme source normative, voir aussi Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 22-24. Pour un aperçu général des règles religieuses en matière familiale dans différentes religions, voir Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Éditions Bayard, 1999, pp. 16-18

Bien que sanctionnés par le pouvoir civil, directement ou indirectement, l'indissolubilité du mariage, la fidélité, la procréation, la soumission de la femme à son mari et les rôles respectifs des époux durant l'union trouvaient d'abord leurs origines dans la doctrine chrétienne du mariage<sup>5</sup>. Les cours de préparation au mariage et les regroupements de couples chrétiens permettaient la diffusion de cette doctrine, tandis qu'une structure socio-religieuse en assurait le respect. Comme l'explique la théologienne Anita Caron:

«[...] en cela, [l'Église], peut compter sur une organisation sociale dont le pivot est la paroisse, qui donne aux curés un prestige et une autorité considérables sur la famille et qui les rend omniprésents dans la vie quotidienne.»<sup>6</sup>

Dans le même sens, la sociologue Renée B. Dandurand ajoute :

«[...] pour s'insérer dans la vie domestique, dite privée, [l'Église] dispose de puissants instruments de persuasion: confession, prédication, messes hebdomadaires et tout un ensemble de pratiques

---

<sup>5</sup> Longtemps, l'Église a justifié le respect des différents fondements du mariage par le devoir. À partir des années '50, le discours fut cependant modifié : c'est l'amour et non plus le devoir seulement, qui devait assurer l'harmonie et la stabilité du couple et de la famille : Renée B. DANDURAND, *Le mariage en question*, Québec, I.Q.R.C., 1988, p. 32. Sur les différentes valeurs conjugales et familiales véhiculées par l'Église, voir Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille au Québec*, Anjou, Centre éducatif et culturel, p. 33.

<sup>6</sup> Anita CARON, «L'institution familiale : un enjeu majeur pour l'Église québécoise», dans Renée B. Dandurand (dir.), *Couple et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 137, à la page 138. Voir aussi, au même effet, Marc-Adélar TREMBLAY, «Modèles d'autorité dans la famille canadienne française», (1966) 7 *Recherches sociographiques* 215, 220 et Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, pp. 70-71.

religieuses prescrites.»<sup>7</sup>

Certes, les normes émanant de l'Église n'avaient pas qu'une portée spirituelle, comme c'est le cas aujourd'hui pour l'ensemble des fidèles<sup>8</sup>. Leur violation avait de graves conséquences sociales pour les couples récalcitrants. Le sermon en chaire dénonçant certains comportements contraires aux préceptes ou l'excommunication, dans les cas extrêmes, possédait un effet régulateur indéniable. Les couples pointés du doigt subissaient socialement les répercussions de leurs soi-disantes fautes. La communauté d'appartenance, et parfois même la famille, pouvaient les réprimander en les excluant, explicitement ou implicitement, de façon temporaire ou permanente, selon la gravité de la faute reprochée<sup>9</sup>.

Ce n'est que vers la fin des années '50 que l'Église a commencé à

---

<sup>7</sup> Renée B. DANDURAND, *Le mariage en question*, Québec, I.Q.R.C., 1988, p. 32.

<sup>8</sup> La personne qui transgresse la règle commune éprouve en quelque sorte un sentiment de honte ou de culpabilité : Louis ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, Odile Jacob, 1989, p. 228. Autrefois, s'ajoutait pour certains la crainte d'être châtié dans l'au-delà : voir Colette MOREUX, *Fin d'une religion?*, Montréal, P.U.M., 1969, p. 355 et suiv.

<sup>9</sup> Comme l'explique Renée B. DANDURAND, «[b]ien encadrée par une Église catholique puissante, qui formule la morale matrimoniale et familiale, la société québécoise sanctionne sévèrement les unions libres, les ruptures de mariage et les naissances extra-matrimoniales : l'enfermement des «filles-mères» de tous les milieux pendant leur grossesse, l'immunité quasi-totale des pères des enfants «illégitimes» à l'adoption pendant les années '50 sont quelques indicateurs assez éloquentes du contrôle de la sexualité (et du destin féminin) à travers le mariage.» Renée B. DANDURAND, «Les dissolutions matrimoniales : un phénomène latent dans le Québec des années 60», (1985) 9 *Anthropologie et Sociétés* 87, 89-90 et 102. Voir aussi Colette MOREUX, *Fin d'une religion?*, Montréal, P.U.M., 1969, p. 359 et Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 71.

perdre graduellement son emprise sur les domaines où elle exerçait depuis toujours une autorité à peine contestée<sup>10</sup>. Dès lors, les conceptions dominantes du mariage se sont affaïssées sur plusieurs plans. En moins d'une génération, le taux de natalité a chuté de façon drastique, la courbe des divorces a fait un bond spectaculaire, la nuptialité a fléchi<sup>11</sup> tandis que les unions libres et les naissances hors mariage ont pris une importance considérable<sup>12</sup>.

Outre l'Église, la parenté exerçait également un contrôle normatif sur les couples<sup>13</sup>. Ce contrôle commençait avec le choix du conjoint. Longtemps, la parenté a fait primer ses vues sur celles des

---

<sup>10</sup> Peu de pays occidentaux ont tardé aussi longtemps à séculariser leurs pratiques matrimoniales et familiales : voir Jean GAUDEMET, *Le mariage en Occident : les mœurs et le droit*, Paris, Éditions du Cerf, 1987, pp. 442-450.

<sup>11</sup> Pour connaître l'ensemble des facteurs qui expliquent la baisse de la nuptialité, voir Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 95 et suiv.

<sup>12</sup> Renée B. DANDURAND, «Une vie familiale en transformation», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couple et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 9 et Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, pp. 107-108. Voir aussi Dominique GOUBAU, «Rapport canadien», dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLV, «Journées japonaises», Paris, Litex, 1996, p. 185 ; Louis DUCHESNE, *Les mariages et les familles au Québec*, Québec, Publications officielles du Québec, 1981 ; Simon LANGLOIS et autres, *La société québécoise en tendances 1960-1990*, Québec, I.Q.R.C., 1990. Dans une perspective plus générale, voir Jean KELLERHALS et Louis ROUSSEL, «Les sociologues face aux mutations de la famille : Quelques tendances de recherches 1965-1985», (1987) 37 *L'Année sociologique* 15, 16-17.

<sup>13</sup> Le terme «parenté» réfère aux parents des conjoints, et suivant les circonstances, aux autres ascendants et aux frères et soeurs.



principaux intéressés en organisant des mariages d'intérêts<sup>14</sup>. Par la suite, dans une société essentiellement rurale, privée des ressources de l'État et des biens de consommation, l'interdépendance économique des uns et des autres rendait nécessaire une certaine proximité, si ce n'est une véritable cohabitation<sup>15</sup>. Dans ce contexte, les valeurs conjugales étaient transmises des aïeux aux descendants et bien souvent, le rapprochement physique en garantissait le respect<sup>16</sup>. Traitant de la famille dans la société traditionnelle canadienne française, le professeur Marc-Adéland Tremblay écrit :

---

<sup>14</sup> *Supra*, section 1, chapitre 1, partie 2. Voir aussi Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 46 et pp. 72-73 et François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, p. 59 et pp. 64-65. En général, la détermination du conjoint obéit aujourd'hui à l'homogamie, c'est-à-dire à la tendance à choisir un ou une partenaire de même milieu social que soi. Sur cette tendance, voir Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1992, p. 22 et suiv.

<sup>15</sup> Simon LANGLOIS, «L'avènement de la société de consommation : un tournant dans l'histoire de la famille», dans Denise LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 89, aux pages 95-96 ; Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 72 et Marc-Adéland TREMBLAY, «L'éclatement des cadres familiaux traditionnels au Canada français», (1966) 26 *Relations* 131. Pour une étude de l'interdépendance familiale à la lumière de la notion d'obligation alimentaire, voir Renée JOYAL, «Les obligations alimentaires familiales et les enfants : de l'exclusion horizontale à l'exclusion verticale», (1999) 33 *R.J.T.* 327.

<sup>16</sup> Selon François De Singly, l'attribution à l'enfant du prénom de son grand-parent symbolise cette interdépendance : voir François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, p. 52 et suiv. Sur l'influence normative de la parenté, voir aussi Marc-Adéland TREMBLAY, «Modèles d'autorité dans la famille canadienne française», (1966) 7 *Recherches sociographiques* 215. Le professeur Macdonald y fait également allusion dans Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 22.

«C'est un mode d'organisation sociale qui privilégie la famille et le système de parenté en tant que structures d'encadrement et principes directeurs dans l'élaboration des relations sociales, créant ainsi de multiples liens de solidarité entre tous les membres de la communauté [...]. On comprendra que ce genre d'orientation culturelle produit une obéissance automatique aux normes héritées et une très grande uniformité dans les comportements sociaux.»<sup>17</sup>

Et puis, peu à peu, la parenté s'est détachée du couple. Aujourd'hui, elle n'intervient plus directement dans le choix du conjoint. Comme l'écrit François De Singly, l'intérêt des familles ne pourrait plus justifier une alliance, désormais fondée sur l'amour. L'autonomie des partenaires qu'exige le sentiment amoureux ne tolère éventuellement qu'un contrôle *a posteriori* des parents<sup>18</sup>.

Par ailleurs, l'individualisation des sources de revenus résultant du développement du secteur tertiaire a rompu les intérêts économiques communs des familles et nécessité une plus grande

---

<sup>17</sup> Marc-Adélar TREMBLAY, «L'éclatement des cadres familiaux traditionnels au Canada français», (1966) 26 *Relations* 131.

<sup>18</sup> François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, p. 59 et p. 61. Toutefois, il est probable que la parenté continue à contrôler subtilement le mariage des enfants par l'éducation qu'elle lui a donnée et par les modes de vie qu'elle leur transmet. Voir à cet effet l'enquête menée par Alain GIRARD, *Le choix du conjoint : une enquête psychosociologique en France*, Institut national d'études démographiques, Paris, P.U.F., 1964 (cité dans Jean Carbonnier, *Droit civil*, 17<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, P.U.F., 1995, p. 75). Sur la liberté du choix, voir également Georges PAYRARD, «Les couples non mariés», dans Roger NERSON (dir.), *Mariage et famille en question*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1979, p. 211, à la page 220.

mobilité de la cellule conjugale<sup>19</sup>. Or, l'éloignement géographique a profondément altéré l'interdépendance qui caractérisait les rapports d'autrefois et opéré graduellement un transfert des responsabilités familiales à la collectivité<sup>20</sup>. La sociologue Agnès Pitrou observe ainsi :

«Les mécanismes institutionnels des sociétés industrielles, même en régime capitaliste, multiplient, en principe, les moyens destinés à permettre aux familles et aux personnes âgées de "se débrouiller" ou "s'en tirer" dans leurs difficultés ou simplement dans la vie de tous les jours, et de vivre selon les normes communément admises durant le déroulement du cycle de leur vie, grâce à l'appui de la collectivité et au jeu des transferts ou solidarités obligatoires entre groupes sociaux, classes d'âge et situations familiales.»<sup>21</sup>

Cela dit, il serait faux de nier toute influence des parents sur le

---

<sup>19</sup> Simon LANGLOIS, «L'avènement de la société de consommation : un tournant dans l'histoire de la famille», dans Denise LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 89. Sur le rôle primordial joué par l'automobile dans l'augmentation de la mobilité de la cellule conjugale, voir ce qu'écrit l'auteur aux pages 99 et 100.

<sup>20</sup> Comme l'explique le professeur Tremblay, « [...] l'émergence de la famille conjugale a coïncidé avec l'apparition d'une économie centrée sur les salaires et orientée en fonction de la consommation. » : Marc-Adélar TREMBLAY, «L'éclatement des cadres familiaux traditionnels au Canada français», (1966) 26 *Relations* 131.

<sup>21</sup> Agnès PITROU, «Le soutien familial dans la société urbaine», (1977) 18 *Revue Française de Sociologie* 47, 61. Voir aussi, de la même auteure, «Dépérissement des solidarités familiales?», (1987) 37 *L'Année sociologique* 207, 211 et 218 et suiv.

noyau conjugal<sup>22</sup>. Dans la majorité des cas, la parenté demeure présente, mais les rapports qu'elle entretient avec les conjoints dénotent une forte volonté d'indépendance et d'autonomie. Comme l'explique De Singly :

«La manière dont les jeunes parents et les grands-parents parlent de leurs relations révèle le souci de "chacun chez soi", de ne pas empiéter chez l'autre, marque la revendication de l'autonomie, la dévolgarisation de la dépendance intergénérationnelle.»<sup>23</sup>

Dans cette perspective, l'assistance ou le soutien économique des parents, même en croissance<sup>24</sup>, n'a pas la même signification que

---

<sup>22</sup> On a, à tort, attribué cette prétention au sociologue américain Talcott Parsons. Sur la question, voir notamment François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, p. 67 et Andrée MICHEL, *Sociologie de la famille et du mariage*, Paris, P.U.F., 1986, pp. 136-137.

<sup>23</sup> François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, p. 51. Voir aussi ce qu'écrit l'auteur à la page 74. Sur l'importance pour tous et chacun de conserver son indépendance : voir également Agnès PITROU, «Le soutien familial dans la société urbaine», (1977) 18 *Revue Française de Sociologie* 47, 74 et Myriam KATZ, «Vie de famille, vies de familles», dans Jacques LEMAIRE, Madeleine MOULIN et Marthe VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 119, à la page 123.

<sup>24</sup> Devant la crise des finances publiques qui vivent la plupart des sociétés industrialisées, les familles seront probablement appelées à assumer un nombre grandissant de charges que la collectivité n'est plus en mesure d'assurer. Ces transferts ne devraient pas affecter la nature et le sens des rapports intergénérationnels, s'ils n'excèdent pas une certaine limite. Tout reste, en effet, une question d'équilibre où chacun doit trouver son intérêt. Les liens intergénérationnels pourraient être à nouveau transformés si les besoins de la cellule conjugale augmentaient au point de devenir un véritable fardeau pour la parenté. Quoiqu'ils abordent la question à l'inverse, Jean Kellerhals et Louis Roussel décrivent cette problématique en ces termes : «La solidarité actuelle est effective, mais elle tient, en partie au moins, au fait que les parents âgés, ne représentent généralement pas une charge perturbante pour les enfants. Qu'en serait-il si ceux-ci voyaient soudain se multiplier sous

dans le passé. Alors qu'auparavant, un tel soutien s'inscrivait dans le cadre de stratégies de production et de transmission du «patrimoine familial», il dénote aujourd'hui une volonté d'aider les conjoints à vivre leur propre vie et à surmonter certaines épreuves avec un minimum d'indépendance<sup>25</sup>.

Par ailleurs, devant la fragilité du lien conjugal, la parenté respective de chaque conjoint représente une position de repli. Dans l'éventualité où l'aventure conjugale tournerait mal, il sera toujours possible de bénéficier d'une assistance parentale, même sous forme d'hébergement. Comme l'écrit Agnès Pitrou, «[...] on ne partage plus le même pot, mais on sait qu'on peut à tout moment reprendre sa place à table»<sup>26</sup>. La famille offre donc une réassurance irréfutable dans un contexte où les autres solidarités, celles du couple en

---

forme d'obligations les charges qu'ils acceptent aujourd'hui de leur gré?» : Jean KELLERHALS et Louis ROUSSEL. «Les sociologues face aux mutations de la famille : Quelques tendances de recherches 1965-1985», (1987) 37 *L'Année sociologique* 15, 32 : voir également ce qu'écrivent les auteurs à la page 38.

<sup>25</sup> François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993, pp. 71-72. Sur le sujet, voir aussi Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 37 ; Andrée ROBERGE, «Réseaux d'échange et parenté inconsciente», (1985) 9(3) *Anthropologie et Société* 5, 7-8 ; Anne BEAUJOUR, «La famille : une idée moderne», *L'Express*, no. 1822, 13 juin 1986, p. 46 ; Andrée MICHEL, *Sociologie de la famille et du mariage*, Paris, P.U.F., 1986, p. 136 et suiv. ; Agnès PITROU, «Le soutien familial dans la société urbaine», (1977) 18 *Revue Française de Sociologie* 47.

<sup>26</sup> Agnès PITROU, «Dépérissement des solidarités familiales?», (1987) 37 *L'Année sociologique* 207, 221.

particulier, deviennent de plus en plus aléatoires<sup>27</sup>.

En conséquence, les rapports intergénérationnels d'aujourd'hui n'ont plus la même portée normative qu'autrefois. L'autonomie du couple fait généralement obstacle à toute tentative des parents d'imposer des normes de fonctionnement ou de conduite. En somme, la famille constitue désormais un réseau d'entraide et de solidarité bénéfique aux conjoints, mais non plus une source de régulation des rapports conjugaux.

## **§ 2 Le droit étatique**

L'État adopte des lois dans plusieurs champs d'activité pour régir les actes et agissements des différents acteurs socio-économiques. Les normes étatiques sont de deux ordres : supplétives de volonté et impératives. Les règles supplétives s'appliquent à défaut de stipulations contraires dans un contrat ou un autre acte juridique, tandis que les règles impératives s'imposent à tous, sans qu'il soit possible d'y déroger<sup>28</sup>.

Les obligations civiles, quelle qu'en soit la source, sont

---

<sup>27</sup> Jean KELLERHALS et Louis ROUSSEL, «Les sociologues face aux mutations de la famille: Quelques tendances de recherches 1965-1985», (1987) 37 *L'Année sociologique* 15, 32.

<sup>28</sup> C.c.Q., art. 8, 9 et 1373.

sanctionnées par la loi<sup>29</sup>, ce qui permet au créancier d'en exiger l'exécution devant les tribunaux, en nature ou par équivalent<sup>30</sup>. Pour cette raison, elles sont susceptibles d'exercer une pression régulatrice, ou en d'autres termes, d'orienter le comportement des acteurs socio-économiques.

La famille, et plus spécifiquement le couple, n'échappent pas à la loi. Comme nous l'avons vu dans la première partie, une série de règles étatiques regroupées au Code civil imposent des normes de conduite ou des standards de vie aux époux durant le mariage<sup>31</sup>. Il ne s'agit pas de revenir ici sur l'ensemble des notions déjà exposées, mais d'identifier succinctement ces normes de conduite afin de pouvoir en mesurer l'effet régulateur.

D'abord, l'État élève l'égalité au rang de valeur fondamentale<sup>32</sup>. Tous les rapports qu'entretiennent les époux durant la relation

---

<sup>29</sup> Voir C.c.Q., art. 1434 concernant les obligations prenant leur source dans le contrat et 1457 concernant les obligations prenant leur source dans la loi. Voir aussi l'article 1372 C.c.Q. au sujet des sources et classifications des obligations. Sur cette question, on consultera Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, pp. 38-42. Sous l'ancien droit, voir C.c.B.C., art. 1373 et 1057.

<sup>30</sup> C.c.Q., art. 1590.

<sup>31</sup> Ce chapitre s'intitule «Des droits et des devoirs des époux». *Supra*, section I, chapitre I, partie I.

<sup>32</sup> C.c.Q., art. 391 et *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 47. Voir également *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications officielles du Québec, 1993, p. 258.

doivent être imprégnés d'une philosophie égalitaire. Plus particulièrement, le législateur prescrit à chacun d'eux l'obligation de contribuer aux charges du mariage en proportion de ses facultés et d'assumer conjointement la direction morale et matérielle de la famille<sup>33</sup>. En outre, l'État impose aux époux un devoir mutuel de respect, de fidélité, de secours et d'assistance<sup>34</sup> et les enjoint de faire vie commune<sup>35</sup>.

Certes, toutes ces normes de conduites sont impératives. Le législateur lui-même le précise en toutes lettres<sup>36</sup>. Cependant, au-delà de ce principe théorique, les normes étatiques ont-elles vraiment un effet régulateur sur les conjoints? En d'autres termes, les conjoints se sentent-ils quotidiennement interpelés par les devoirs mentionnés au Code civil? Orientent-ils concrètement leurs agissements en fonction des normes de conduite prescrites par l'État?

Bien que les devoirs légaux soient communiqués aux conjoints lors de la célébration du mariage<sup>37</sup>, ils ne semblent pas représenter un

---

<sup>33</sup> C.c.Q., art. 394 et 396.

<sup>34</sup> C.c.Q., art. 392 al. 2.

<sup>35</sup> C.c.Q., art. 392 al. 3. Notons qu'à cette fin, les époux doivent choisir de concert la résidence familiale : C.c.Q., art. 395.

<sup>36</sup> C.c.Q., art. 391.

<sup>37</sup> C.c.Q., art. 374.



cadre auquel ceux-ci vont naturellement se référer durant la relation. S'il est vrai qu'une majorité de couples se conforment dans les faits aux principes enchâssés dans le Code civil, c'est davantage parce que leur conception morale du mariage rejoint celle de l'État, et non parce que l'État a donné à ces principes une valeur obligatoire<sup>38</sup>.

Ainsi, la philosophie égalitaire est aujourd'hui largement répandue parce qu'elle est en accord avec les valeurs personnelles d'une majorité de couples<sup>39</sup>. Ce n'est donc pas l'obligation légale en soi, mais l'obligation morale qui s'y est superposée<sup>40</sup>, qui incite les

---

<sup>38</sup> Sur les rapports complexes qu'entretiennent droit et morale, en matière familiale, voir Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Éditions Bayard, 1999, p.19 et suiv.

<sup>39</sup> On conçoit qu'il y a souvent correspondance des normes de conduite imposées par le législateur en matière matrimoniale avec les normes morales que partagent les conjoints.

<sup>40</sup> D'ailleurs, dans leur présentation des droits et devoirs des époux durant le mariage, Mireille D. Castelli et Éric-Olivier Dallard, utilisent les termes « engagements moraux ». Jean Carbonnier précise quant à lui que l'utilisation du mot « devoir » plutôt qu'« obligation » suggère que la morale importe plus que la sèche technique : Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 63 et Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 17<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, P.U.F., 1995, pp. 105-106. Au même effet, voir également Alain BÉNABENT, *Droit civil : La famille*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1994, p. 129 et François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson et Lafleur, 1905, p. 308. Pour un parallèle intéressant avec les normes religieuses, dont le respect n'est souvent attribuable qu'à la morale naturelle, voir Colette MOREUX, *Fin d'une religion?*, Montréal, P.U.M., 1969, pp. 341-343. À propos des obligations morales, Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN écrivent : « [à] celle-ci [l'obligation civile], on oppose l'obligation morale qui se situe en dehors du domaine juridique, qui n'est pas sanctionnée par le législateur et dont le pouvoir contraignant relève uniquement du for intérieur, c'est-à-dire du remords [...] » : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 24. Sur la force régulatrice de l'obligation morale et les

conjointes à respecter cette philosophie<sup>41</sup>.

À l'inverse, si un couple préconise plutôt la subordination d'un conjoint à l'autre, en raison de sa culture d'origine ou de sa religion, la seule norme légale sera insuffisante pour changer les actions quotidiennes du couple. Comme l'observe le doyen Carbonnier, «[...] l'équilibre des forces dans le ménage, est une donnée de fait qui ne peut être modifiée que très faiblement par des dispositions juridiques.»<sup>42</sup> Dans le même ordre d'idées, les conjoints qui choisissent d'avoir une vie sexuelle en dehors du mariage ne se soucient guère de l'obligation de fidélité qui leur est imposée par l'État.

D'aucuns rétorqueront qu'il n'est pas nécessaire d'adhérer aux principes légaux pour s'y sentir obligé. Ce n'est pas forcément parce qu'une personne épouse le marxisme qu'elle ne se sentira pas l'obligation de respecter le droit d'autrui à la propriété privée.

---

conséquences qui résultent du manquement de s'y conformer («The ultimate sanction of all morality is a subjective feeling in our minds [...].»), voir également la théorie de John Stuart Mill relatée dans Peter Michael Stephen HACKER, «Sanction Theories of Duty», dans Alfred William Brian SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> Series, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 131, à la page 148 et suiv., particulièrement à la page 150. Voir cependant ce que l'auteur mentionne plus loin, aux pages 153-154.

<sup>41</sup> D'ailleurs, même si le devoir d'obéissance de la femme à l'égard de son époux a été légalement imposé jusqu'en 1964, plusieurs ne s'y conformaient plus depuis longtemps, parce qu'une telle obligation ne correspondait plus à leur conception du mariage.

<sup>42</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 17<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, P.U.F., 1995, p. 131.

Soit, mais pour être contraignante ou posséder une valeur régulatrice, la règle légale qui n'est nullement dédoublée par une obligation morale capable de conditionner le comportement des acteurs sociaux<sup>43</sup> doit pouvoir être sanctionnée par l'autorité légitime. Autrement dit, les conséquences juridiques du manquement doivent être suffisamment graves pour en assurer le respect, du moins partiellement<sup>44</sup>.

Pourtant, dans l'état actuel des choses, il est loin d'être certain que le manquement aux normes de conduite imposées par l'État durant le mariage soit de nature à inciter les conjoints à s'y conformer. À cet effet, il convient d'examiner la teneur des sanctions aujourd'hui applicables<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> À propos du devoir de vie commune, le professeur Nicholas Kasirer affirme : « [...] Si la règle de droit arrive à conditionner le comportement des époux, elle renferme à coup sûr une obligation juridique, même si la sanction est difficile à identifier par un juge. » : Nicholas KASIRER, «What is *vie commune*? Qu'est-ce que *living together*?», dans Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André CRÉPEAU*, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 487, à la page 525. Voir également les autorités citées par l'auteur aux notes 162 et 163.

<sup>44</sup> Comme le note Peter Michael Stephen HACKER, «Normally, the law provides sanctions as motivation additional to respect for the law.» : Peter Michael Stephen HACKER, «Sanction Theories of Duty», dans Alfred Willam Brian SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd Series, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 131, à la page 166 : voir aussi ce qu'écrit l'auteur à la page 167. Voir également Arnold BIRENBAUM et Edward SAGARIN, *Norms and Human Behaviors*, New York, Praeger Publishers, 1976, p. 28. Pour un parallèle intéressant avec les normes religieuses, voir Colette MOREUX, *Fin d'une religion?*, Montréal, P.U.M., 1969, p. 344.

<sup>45</sup> Certains hésitent à qualifier de «sanctions» les conséquences d'un manquement aux différents devoirs imposés aux conjoints : voir par exemple Nicholas KASIRER, «What is *vie commune*? Qu'est-ce que *living together*?», dans Paul-André CRÉPEAU (dir.),

Le manquement au devoir de respect et d'assistance peut, s'il dénote un certain degré de gravité, équivaloir à une injure grave ou un acte de cruauté mentale ou physique et constituer à ce titre un motif d'ouverture à la séparation ou au divorce<sup>46</sup>. Si la faute reprochée correspond à une agression physique ou un vol, des dommages-intérêts pourraient également être réclamés<sup>47</sup>.

Le manquement au devoir de fidélité correspond à l'adultère, autre motif de séparation et de divorce<sup>48</sup>. En principe, aucune autre forme

---

*Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André CRÉPEAU*, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 487, à la page 525.

<sup>46</sup> C.c.Q., art. 494(3) et *Loi sur le divorce*, art. 8(2)b)ii). L'acte de cruauté doit être tel qu'il rende intolérable le maintien de la cohabitation. Voir *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 493 et Serge ALLARD et autres, *Les droits et devoirs des époux*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 5, Montréal, 1991, p. 9. Voir aussi Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Théorêt, 1895, p. 497.

<sup>47</sup> Voir *Beaumont-Butcher c. Butcher*, [1982] C.S. 893, commenté par Claude CHAMPAGNE, «L'action en dommages et intérêts sous l'article 1053 C.c. de l'épouse battue par son mari : une réaffirmation de la complétude du Code civil», (1983) 43 *R. du B.* 797 ; *Lacombe c. D'Avril*, [1983] C.S. 592 ; *Lakatos c. Sary*, J.E. 92-6 (C.S.) ; *Droit de la famille-1601*, [1992] R.D.F. 346 (C.A.). Ces affaires constituent un revirement du droit tel que l'interprétaient les tribunaux dans le passé : voir *Gauthier c. Dragon*, [1957] C.S. 89, 92 où l'on avait refusé de compenser monétairement le préjudice subi par une femme battue par son mari. On préférait alors, semble-t-il, se fier à un adage de droit coutumier du Moyen-Âge français : «En plusieurs cas peuvent les hommes être excusés de dommages qu'ils font à leur femme et la justice ne doit pas s'en mêler : car un mari a bien droit de battre sa femme à la condition de ne pas la tuer ou mutiler.» (Les Coutumes de Beauvaisis, citées dans le texte de Claude Champagne).

<sup>48</sup> C.c.Q., art. 494(3) et *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 8(2)b)i).

de réparation ne peut être obtenue, ni pendant, ni après le mariage<sup>49</sup>.

Le devoir de secours correspond à l'obligation qu'ont les époux de s'apporter mutuellement toutes les ressources matérielles nécessaires à la vie<sup>50</sup>. Le défaut de s'y conformer pourrait constituer une injure grave ou un acte de cruauté menant à la séparation ou au divorce<sup>51</sup>. Règle générale, il ne pourrait faire

---

<sup>49</sup> En France, on semble reconnaître le droit pour l'époux victime d'adultère de réclamer à l'autre une réparation sous forme de compensation monétaire, pour dommages moraux : voir Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 17<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, P.U.F., 1995, p. 111 ; Gérard CORNU, *Droit civil - La famille*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 48 ; Alain BÉNABENT, *Droit civil: la famille*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1994, p. 131. Chez nous, par contre, on ne semble pas admettre la validité d'un tel recours : voir Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 279. Par ailleurs, l'époux victime d'adultère pouvait autrefois intenter un recours en dommages-intérêts contre l'amant ou la maîtresse pour cause d'aliénation d'affection : *Khazzam c. Garson*, (1969) B.R. 157 ; *N. c. H.* (1969) B.R. 348. Bien qu'il soit encore possible, théoriquement, d'intenter un tel recours (suivant l'article 1457 C.c.Q.), les tribunaux l'acceptent de moins en moins. Comme le précisent Mireille D. Castelli et Éric-Olivier Dallard : « L'idée sur laquelle était fondée cette action, soit le séducteur qui détourne la femme de son mari, ne correspond plus aux mentalités actuelles. » : Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 64. Voir également Jean PINEAU, *La famille : le droit applicable au lendemain de la "loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 81 et Serge ALLARD et autres, *Les droits et devoirs des époux*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit*, « Famille », Doctrine - Document 5, Montréal, 1991, p. 7. Sur le problème de l'aliénation d'affection, voir généralement Adrian POPOVICI, « De l'aliénation d'affection : essai critique et comparatif », (1970) 48 *R. du B. Can.* 235. Enfin, en France, l'infidélité pourrait constituer une cause d'ingratitude justifiant la révocation des donations consenties par l'époux bafoué : voir Alain BÉNABENT, précité dans la présente note, p. 131.

<sup>50</sup> *Supra*, §1, section 1, chapitre 1, partie 1.

<sup>51</sup> C.c.Q., art. 494(3) et *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 8(2)b)ii). Une fois encore, notons que l'acte de cruauté doit être tel qu'il rende intolérable le maintien de la cohabitation. Voir Jean PINEAU, *La famille : le droit applicable au lendemain de la "loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 83.

l'objet d'une sanction durant la vie commune<sup>52</sup>. Après la rupture, le devoir de secours se transforme en obligation alimentaire<sup>53</sup>. À tout événement, les aliments versés ne couvriront que les besoins futurs et non pas ceux laissés à découvert durant le mariage.

Le manquement au devoir de contribuer proportionnellement aux charges du mariage peut être sanctionné par l'attribution d'une prestation compensatoire<sup>54</sup> lors de la séparation ou la dissolution du

---

<sup>52</sup> Voir *Richard c. Carrier*, [1940] 78 C.S. 497. Voir cependant *Lapierre c. Trottier*, [1970] R.P. 309 (C.S.), commenté par François HÉLEINE, «Rapport personnel entre époux, obligations alimentaires divorce et séparation de corps», (1970) 1 R.G.D. 103, 113. *Loneragan c. Girard*, (1929) 67 C.S. 88 et *Canadian Pacific Railway Co. c. Dame Kelly*, [1952] 1 R.C.S. 521. Voir cependant *Stridle c. Kemppi*, (1945) 45 R.P. 72 (C.S.) (cités dans *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, pp. 494-495) et Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 169. Voir également, aux États-Unis, *McGuire c. McGuire*, (1953) 157 Neb. 226, 59 N.W., 2<sup>nd</sup> 342. Mary Ann GLENDON écrit en ce sens : «[c]ourts will not order supports so long as the couple is living together.» dans Mary Ann GLENDON, *State, Law and Family*, Oxford, North Holland Publishing, 1977, p. 140. Voir aussi Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 234 et les autorités citées par l'auteur à la note 87.

<sup>53</sup> Voir par exemple *Silver c. Burgstaller*, (1969) C.S. 402. Sur la sanction économique du devoir de secours, voir généralement Jean PINEAU, *La famille : le droit applicable au lendemain de la "loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1983, pp. 82-83.

<sup>54</sup> Voir *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259 ; *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183 ; Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 R.J.T. 149, 170 ; Dominique GOUBAU, «Rapport canadien», dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLV, «Journées japonaises», Paris, Litec, 1996, p. 185, aux pp. 198-199 ; Albert MAYRAND, «Égalité en droit familial québécois», (1985) 19 R.J.T. 249, 270 ; Serge ALLARD et autres, *Les droits et devoirs des époux*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 5, Montréal, 1991, p. 11. Voir également Nicole GAGNON, «Les effets patrimoniaux de la rupture», dans Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, module 8, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Adage, 1995, p. 22, et les références jurisprudentielles citées par l'auteur à la note 221.

mariage, mais pas avant<sup>55</sup>.

Enfin, le manquement au devoir de faire vie commune, pour une durée prolongée, peut également constituer un motif de séparation ou de divorce<sup>56</sup>. Il ne pourrait donner lieu à une exécution forcée, ni en nature<sup>57</sup>, ni par équivalent<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> C.c.Q., art. 427. Voir d'ailleurs *Droit de la famille-443*, [1988] R.J.Q. 323 (C.A.). Voir cependant *Lapierre c. Trottier*, [1970] R.P. 309 (C.S.), commenté par François HÉLEINE, «Rapport personnel entre époux, obligations alimentaires divorce et séparation de corps», (1970) 1 *R.G.D.* 103, 113. Voir également Jean-Pierre SENÉCAL, *Droit de la famille québécois*, t. 2, Farnham, CCH/FM, 1986, pp. 6512-6513 et Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 46.

<sup>56</sup> C.c.Q., art. 494(2) et *Loi sur le divorce*, art. 8(3)a). Voir Serge ALLARD et autres, *Les droits et devoirs des époux*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 5, Montréal, 1991, p. 8. Si, toutefois, les époux n'ont jamais eu l'intention de faire vie commune, il y a sans doute motif de nullité du mariage : voir *Droit de la famille-2161*, [1995] R.D.F. 237, 238 (C.S.). Voir cependant *Droit de la famille-2254*, [1995] R.D.F. 556 (C.S.).

<sup>57</sup> Gérard Cornu écrit : «[...] dans l'état de nos mœurs, il est exclu que le devoir de cohabitation soit ramené à exécution par la force (que la femme soit reconduite *manu militari* à la résidence conjugale ou vice-versa.)» : Gérard CORNU, *Droit civil : La famille*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 46. Voir également la discussion dans Nicholas KASIRER, «What is *vie commune*? Qu'est-ce que *living together*?», dans Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André CRÉPEAU*, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 487, à la page 513. Voir aussi Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 171. Sur l'exécution forcée de l'ancien devoir de l'épouse de suivre son mari là où ce dernier établissait la résidence familiale (C.c.B.C., art. 175), voir Michèle RIVET, «Document de travail : la séparation de fait entre époux», dans Office de révision du Code civil, *Document D/C/75*, septembre 1967, pp. 14-18. Pour un aperçu général du droit français sur la question, voir Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 17<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, P.U.F., 1995, p. 110.

<sup>58</sup> Voir cependant *Droit de la famille-1664*, [1992] R.J.Q. 2508, 2514-2515 (C.S.) où le tribunal a considéré que le manquement d'un époux au devoir de faire vie commune constituait un motif pour ordonner un partage inégal du patrimoine familial. En France, il

Qu'en est-il maintenant des époux qui ne respecteraient pas le principe fondamental de l'égalité et de la collégialité durant le mariage? D'abord, on peut penser que l'utilisation d'une autorité excessive par un époux puisse équivaloir, selon les circonstances, à un manque de respect envers l'autre et constituer à ce titre un motif de séparation ou de divorce.

Plus encore, le législateur sanctionne la collégialité en assujettissant la disposition des meubles du ménage et de la résidence de la famille par le conjoint qui en est le propriétaire à la nécessité d'obtenir le consentement de l'autre<sup>59</sup>. S'il n'a pas fourni le consentement requis, ce dernier aura le droit d'exiger l'annulation de l'acte de disposition, en plus de pouvoir réclamer des dommages-intérêts du conjoint fautif<sup>60</sup>.

Également, le législateur dit sanctionner l'égalité en imposant le partage du patrimoine familial lors de la séparation ou de la

---

semble que les tribunaux ne soient plus disposés à user de la pression pécuniaire à l'encontre de l'époux réfractaire : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 17<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, P.U.F., 1995, p. 110.

<sup>59</sup> Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice - un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149, 166-167 ; Renée JOYAL, «La famille, entre l'éclatement et le renouveau : la réponse du législateur», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 147, à la page 152. Pour une description plus précise des mesures de protection des meubles du ménage et de la résidence familiale, *supra*, §2, section 1, chapitre 1, partie 1.

<sup>60</sup> C.c.Q., art. 401 à 408.



dissolution matrimoniale<sup>61</sup>. Ordonner la répartition des principales valeurs familiales accumulées durant la relation consacrerait l'égalité des époux en mariage<sup>62</sup>. Dans le même ordre d'idée, le tribunal a le pouvoir, lors de ces mêmes événements et à certaines conditions, d'attribuer à l'un des époux des droits dans la résidence familiale ou les meubles du ménage qui appartiennent à l'autre<sup>63</sup>.

Comme on l'aura constaté, à quelques exceptions près<sup>64</sup>, le défaut de se conformer aux différentes normes légales ne peut conduire qu'à la séparation et au divorce, en plus de donner ouverture, selon les circonstances, à certains droits de nature économique, que l'on assimile davantage à des conséquences économiques de la rupture qu'à de véritables sanctions.

Pourtant, l'article 1457 du Code civil, en matière de responsabilité

---

<sup>61</sup> C.c.Q., art. 414 à 426. *Supra*, §2, section 1, chapitre 1, partie 1.

<sup>62</sup> D'ailleurs, le titre de la loi qui a introduit le patrimoine familial établissait clairement l'objectif poursuivi : «Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux». L.Q. 1989, c. 55. Nous entretenons toutefois certaines réserves sur ce fondement : *Infra*, section 3, chapitre 2, partie 3.

<sup>63</sup> C.c.Q., art. 409 à 413. *Supra*, §2, section 1, chapitre 1, partie 1.

<sup>64</sup> On pense aux recours prévus en matière de protection des meubles du ménage et de la résidence familiale, de même qu'aux actions en dommages-intérêts pouvant être intentées lorsque la faute reprochée équivaut à une agression sur la personne d'un conjoint, un vol ou un autre acte de même nature.

civile, n'exclut pas de sa portée les devoirs imposés aux conjoints<sup>65</sup>. En d'autres termes, rien dans la loi n'empêche les tribunaux de sanctionner les obligations matrimoniales, que ce soit durant le mariage ou lors de la rupture, en accordant à l'époux victime d'un manquement une compensation monétaire.

Quelles sont donc les raisons susceptibles d'expliquer l'attitude des tribunaux? Durant le mariage, on semble considérer que l'imposition d'une sanction pourrait compromettre l'harmonie nécessaire au maintien des liens affectifs, si tant est qu'une telle harmonie existe toujours :

«The rationale most often offered for this policy against interspousal enforcement of obligations, whether public or private in source, is a fear of disrupting domestic harmony [...].»<sup>66</sup>

D'ailleurs, les tribunaux ont tendance à interpréter l'incapacité des conjoints de régler eux-mêmes leurs différends comme un signal de

---

<sup>65</sup> Voir d'ailleurs Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 17<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, P.U.F., 1995, p. 114 et René RODIÈRE, «Chronique : responsabilité civile», (1966) 64 *Rev. trim. dr. civ.* 288.

<sup>66</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 235. Voir également Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1302-1303.

rupture<sup>67</sup>. Ainsi, se considèrent-ils justifiés de ne pas se prononcer, mais d'orienter les conjoints vers les voies normales de dissolution matrimoniale<sup>68</sup>. Le professeur Max Rheinstein observe en ce sens :

«It seems to be taken for granted that spouses have to make their decision jointly and that in a case of irreconcilable differences, the courts are not to intervene to impose their own decisions on the parties. When neither spouse can prevail over the other, the marriage fails and the only court in which the parties will meet is the divorce court.»<sup>69</sup>

Le professeur Alain Bénabent ajoute :

«On voit mal des époux venir en justice exiger la condamnation de l'autre à remplir ses obligations : l'existence d'un tel procès démontre à elle seule la ruine du mariage et le divorce apparaît dès lors la seule

---

<sup>67</sup> Albert MAYRAND, «Égalité en droit familial québécois», (1985) 19 *R.J.T.* 249, 271. Voir aussi Jean PINEAU, *La famille : le droit applicable au lendemain de la "loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 95.

<sup>68</sup> Certains considèrent qu'en agissant ainsi, on n'offre aucune solution intermédiaire au conjoint qui souhaite obtenir réparation, sans toutefois vouloir se séparer ou divorcer. Pourtant, «[...] on n'a jamais conseillé à ceux que leurs dents font souffrir de se couper la tête»: René RODIÈRE, «Chronique : responsabilité civile», (1966) 64 *Rev. trim. dr. civ.* 288, 290.

<sup>69</sup> Max RHEINSTEIN, «The transformation of Marriage and the Law», (1973) 68 *Nw U.L. Rev.* 463, 467 (cités dans Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 235) ; voir également Mary Ann GLENDON, *State, Law and Family*, Oxford, North Holland Publishing, 1977, p. 127 et p. 171 et Kenneth KARST, «The Freedom of Intimate Association», (1979-80) 89 *Yale L.J.* 624, 640 (cités dans Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 235).

issue.»<sup>70</sup>

À l'occasion de la rupture, les tribunaux font également preuve d'une grande retenue. Ils préfèrent se limiter aux dispositions portant spécifiquement sur la séparation ou le divorce, en considérant qu'il s'agit là des seules conséquences juridiques voulues par le législateur, plutôt que d'analyser les manquements aux devoirs matrimoniaux sous l'angle plus général de la responsabilité civile<sup>71</sup> :

«Neither the Parliament of Canada nor the Legislature of Quebec has chosen to legislate so as to create a recourse for damages based upon matrimonial fault, or upon the failure of one of the spouses to deal fairly and honestly with the other. This absence of legislation may, in circumstances where the legislator otherwise exercises to the extent possible the legislative authority which is conferred upon him by the constitution, be taken to indicate that he chooses not to create such a recourse.»<sup>72</sup>

Cela dit, pourrait-on prétendre que la rupture en soi représente une

---

<sup>70</sup> Alain BÉNABENT, *Droit civil : la famille*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1994, pp. 129-130.

<sup>71</sup> Comme l'écrit le professeur Kasirer, il semble y avoir «[...] une incompatibilité d'humeur entre le droit de la responsabilité, d'une part, et le droit du mariage de l'autre.» : Nicholas KASIRER, «What is *vie commune*? Qu'est-ce que *living together*?», dans Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André CRÉPEAU*, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 487, à la page 514.

<sup>72</sup> *Droit de la famille-1355*, [1990] R.D.F. 598, 601 (C.S.).

sanction de nature à assurer le respect des normes de conduite<sup>73</sup>? Un conjoint pourrait-il se sentir contraint de se conformer aux devoirs légaux, par crainte d'une séparation ou d'un divorce et des conséquences juridiques et économiques qui accompagnent ces événements? Est-il réaliste de penser, par exemple, qu'un époux se soumettra au devoir de fidélité prévu au Code civil afin de ne pas donner ouverture à la séparation ou au divorce?

On aurait peut-être pu le croire autrefois. Avant la réforme du droit de la famille de 1980, la séparation de corps ne pouvait être obtenue que sur preuve d'un manquement grave à l'un ou l'autre des devoirs légaux<sup>74</sup>. Quant au divorce, l'adultère fut le seul motif admissible jusqu'en 1968<sup>75</sup>.

Qui plus est, le conjoint reconnu responsable de l'échec du mariage était sévèrement puni. En matière de séparation de corps, certains

---

<sup>73</sup> Certains hésitent à employer le terme «sanction» dans un contexte de divorce ou de séparation sans faute : voir Harry D. KRAUSE, «Property and Alimony in No-Fault Divorce», dans *General Reports XIVth International Congress : International Academy of Comparative Law*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 149, aux pages 153-158 (cité dans Nicholas KASIRER, «What is *vie commune*? Qu'est-ce que *living together*?», dans Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André CRÉPEAU*, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 487, à la page 509).

<sup>74</sup> C.c.B.C., art. 186 à 191, abrogés aux termes de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (L.Q. 1980, c. 39). Pour une analyse de ces dispositions, voir *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, pp. 591-602 et Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, pp. 255-257.

<sup>75</sup> Voir Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, pp. 275-276.

avantages consentis en considération du mariage étaient retirés à l'époux fautif<sup>76</sup>. La première *Loi sur le divorce* adoptée en 1968<sup>77</sup> avait également une connotation punitive. En vertu des articles 11 et 12, le tribunal devait considérer la conduite des époux dans la détermination du montant de la pension alimentaire ordonnée en faveur de l'un d'eux<sup>78</sup> et dans l'attribution de la garde des enfants. Comme l'écrit le juge Albert Mayrand:

«Il fut un temps où il y avait deux catégories d'époux séparés ou divorcés : les innocents et les coupables. À l'innocent, on donnait la garde des enfants, premier prix de bonne conduite ; le coupable était privé de cette garde et c'était une de ses punitions.»<sup>79</sup>

En outre, jusqu'en 1981, les répercussions du manquement au devoir

---

<sup>76</sup> C.c.B.C., art. 208, 209, 211 et 212 et art. 1443. Pour connaître la nature précise des sanctions applicables, tant à l'égard de l'épouse que de l'époux, voir *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 39 et suiv. et p. 495 ; Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, pp. 269-270, ainsi que, du même auteur, *La famille: le droit applicable au lendemain de la "loi 89"*, Montréal, P.U.M., 1983, pp. 137-138. Ces mesures punitives ont été abolies aux termes du Bill 8 le 2 mai 1969.

<sup>77</sup> *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, c. 24. Voir aussi C.c.B.C., art. 212.

<sup>78</sup> Avant cette date, le divorce mettait fin à toute obligation alimentaire entre conjoints : *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 577. Voir également *Pauzé c. Grothé*, (1940) 78 C.S. 519.

<sup>79</sup> Albert MAYRAND, «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde des enfants», (1982) 85 *R. du N.* 28, 29. Sur la question, voir également Marie-Josée BLONDIN et autres, «Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants», (1986) *R. du B.* 105. Voir aussi Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 277.

de fidélité atteignaient d'autres personnes que l'époux délinquant. En effet, l'enfant né de l'acte d'adultère héritait d'un statut juridique inférieur<sup>80</sup>. Considéré illégitime, il ne pouvait ni succéder *intestat* à ses parents, ni recevoir d'eux une donation entre vifs pour ce qui excède la portion alimentaire<sup>81</sup>.

Aujourd'hui, il est possible d'obtenir une séparation de corps pour d'autres motifs que le manquement à l'un des devoirs du mariage<sup>82</sup>. Le simple fait de ne plus cohabiter peut en justifier la demande. De même, les époux peuvent obtenir le divorce, sans avoir à faire la preuve d'une faute. L'interruption volontaire de vie commune, pendant une année, suffit<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Le Code civil de 1866 ne reconnaissait à l'enfant naturel adultérin que le droit de réclamer des aliments contre ses père et mère ainsi que la recherche judiciaire de la paternité et de la maternité : C.c.B.C., art. 240-241.

<sup>81</sup> Voir C.c.B.C., art. 237, 768 et 606 et 636. On doit noter qu'à compter de 1970, le mariage des parents biologiques de l'enfant adultérin permet de le légitimer : C.c.B.C., art. 237, tel que modifié par L.Q. 1971, c. 85. Sous réserve de certaines dispositions transitoires, toutes ces règles ont été abrogées lors de la réforme de 1980 (L.Q. 1980, c. 39). Sur la question, voir notamment André COSSETTE, «Les notions d'égalité et de discrimination dans le droit successoral de la province de Québec», (1963) 65 *R. du N.* 431, 436 et Germain BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, p. 51.

<sup>82</sup> C.c.Q., art. 493, 494(1) et (2) et 495.

<sup>83</sup> *Loi sur le divorce*, art. 8(2)a). Il faut par ailleurs noter que le divorce peut, depuis 1982, être obtenu sur présentation d'une demande conjointe réglant toute les conséquences de la rupture: C.c.Q., art. 495 et 517 et C.p.c., art. 822 et suiv. On comprend qu'il n'y a qu'un pas à franchir pour parler de divorce par consentement mutuel : voir Adrian POPOVICI, «Le divorce gracieux», (1996) 98 *R. du N.* 473, 481.

Aussi, le respect intégral des normes de conduite imposées par l'État en matière matrimoniale n'offre aucune garantie contre la séparation ou le divorce. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'un conjoint se conforme scrupuleusement aux devoirs légaux qu'il se prémunit contre l'éventualité d'une rupture et des effets juridiques et économiques qui en résultent.

En outre, tant la séparation de corps que le divorce ont été dépouillés de leur caractère punitif. L'effet dissuasif que pouvaient potentiellement revêtir les anciennes sanctions s'est donc pleinement dissipé. Le conjoint responsable d'un manquement ne peut aujourd'hui, pour cette unique raison, être privé de quelque droit que ce soit<sup>84</sup>. En corollaire, le conjoint innocent ne reçoit plus de traitement de faveur. Par ailleurs, tous les enfants sont désormais égaux, peu importe les circonstances de leur naissance<sup>85</sup>. L'enfant né d'un acte d'adultère n'est donc plus discriminé.

Devant ces nombreuses considérations, nous ne pouvons que mettre en doute la portée régulatrice des normes de conduite imposées aux

---

<sup>84</sup> Voir d'ailleurs, en matière de divorce, les articles 15.2(5) (aliments) et 16(8) (garde). Voir également *Droit de la famille-487*, [1988] R.D.F. 205, 207 (C.A.) ; *Droit de la famille-1688*, [1992] R.D.F. 735 (C.A.) ; *Droit de la famille-7*, [1984] C.A. 350, 355. Voir également Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, pp. 360-361 et Adrian POPOVICI, «Le divorce gracieux», (1996) 98 *R. du N.* 473, 491, note 58. La faute économique peut toutefois avoir un impact sur le partage du patrimoine familial : Nicholas KASIRER, «Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony», (1994) 25 *R.G.D.* 569.

<sup>85</sup> C.c.Q., art. 522.



conjointes par le législateur. Ces normes traduisent peut-être la conception du mariage qu'entretient l'État, mais elles ne permettent pas à elles seules d'influencer ou d'orienter le comportement des conjoints durant leur relation.

Alors pourquoi donc le législateur a-t-il pris soin de les maintenir dans le Code civil? Mignault n'affirmait-il pas au début du siècle : «[t]oute obligation, par cela seul qu'elle est écrite dans la loi, doit avoir une sanction efficace : autrement, elle n'existerait point!»<sup>86</sup> Peut-être devons-nous simplement évaluer les règles étatiques sous un angle différent. Comme l'explique le professeur Nicholas Kasirer, «[...] même dénuée de sanction efficace, une règle législative peut vouloir guider ceux à qui elle s'adresse [...]»<sup>87</sup>, sans plus. Il ne s'agirait donc plus de réguler directement des conduites, par la force et la contrainte, mais d'enseigner des valeurs ou d'inculquer une culture<sup>88</sup>. La loi n'aurait alors qu'une fonction incitative et

---

<sup>86</sup> Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Théorêt, 1895, p. 498. Le célèbre auteur semble adhérer à la théorie pure des sanctions de Jeremy Bentham, relatée dans Peter Michael Stephen HACKER, «Sanction Theories of Duty», dans Alfred Willam Brian SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> Series, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 131, à la page 136 et suiv., particulièrement à la page 144.

<sup>87</sup> Nicholas KASIRER, «What is *vie commune*? Qu'est-ce que *living together*?», dans Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André CRÉPEAU*, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 487, à la page 529.

<sup>88</sup> Voir d'ailleurs Peter Michael Stephen HACKER, «Sanction Theories of Duty», dans Alfred Willam Brian SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> Series, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 131, aux pages 169-170 où l'auteur refuse d'analyser le devoir sous l'angle exclusif de la sanction. Sur la fonction du droit de refléter une conception idéale de la vie collective, voir également Pierre NOREAU, «Notions

pédagogique<sup>89</sup>.

## SECTION 2 : LES SOURCES DE LA NORMATIVITÉ INTERNE

Outre les normes provenant de l'extérieur, la relation conjugale génère également sa propre normativité. Source d'obligations morales, le sentiment de confiance que partagent les conjoints l'un envers l'autre constitue, aux yeux de certains, le ciment de la relation conjugale.

Avant d'examiner les effets régulateurs de la confiance sur le comportement des conjoints, il importe d'analyser sommairement la norme de réciprocité potentielle qui, semble-t-il, structure l'ensemble des rapports conjugaux. Cette brève analyse devrait permettre de mieux situer la confiance dans la dynamique du couple et de mieux saisir sa force normative.

### § 1 La réciprocité potentielle

Selon la perception généralement entretenue, la dynamique de la

---

juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire? - Le cas du droit de la famille». (1999) 33 *R.J.T.* 307, 317.

<sup>89</sup> Voir d'ailleurs Nicholas KASIRER, «What is *vie commune*? Qu'est-ce que *living together*?», dans Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André CRÉPEAU*, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 487, aux pages 529-531 ; Gérard CORNU, *Droit civil : La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1994, p. 44 ; Irène THÉRY, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 290.

relation conjugale est fondée sur le don de soi. Les conjoints n'échangent pas ou ne contractualisent pas dans une logique marchande, ils se donnent plutôt l'un à l'autre<sup>90</sup>. Symbole de gratuité, l'idéal amoureux est ainsi préservé dans toute sa substance.

Certes, les conjoints posent des gestes profitables l'un à l'égard de l'autre sans monnayer directement leur contribution. Cependant, le conjoint qui donne quelque chose à l'autre sous une forme quelconque s'attend à ce que ce dernier fasse preuve un jour de la même générosité à son endroit. Autrement dit, il nourrit plus ou moins consciemment l'attente d'un contre-don<sup>91</sup>. On peut donc difficilement prétendre que la relation conjugale n'est fondée que sur le don à l'état pur. En vérité, le don se trouve rarement, sinon jamais, à l'état pur<sup>92</sup> ; il est constamment entremêlé à l'intérêt, à

---

<sup>90</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 127 ; Jean KELLERHALS, Josette COENEN-HUTHER, Marianne MODAK, «Justice and the Family : an Exploratory Analysis» (1990) 31 *Arch. europ. sociol.* 174 ; Jean KELLERHALS, «Ambiguïtés normatives de l'échange conjugal : le problème de la norme d'équité», (1981) 7 *Revue suisse de sociologie* 311, 322 et Phillip R. KUNZ, «Romantic Love and Reciprocity», (1969) 18 *The Family Coordinator* 111, 112.

<sup>91</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, pp. 128-129 et Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 84.

<sup>92</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 138. Jean-Jacques Rousseau a d'ailleurs écrit en ce sens : «[d]ire qu'un homme se donne gratuitement, c'est dire une chose absurde et inconcevable.». Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 1966, p. 45.

l'obligation et même à la justice<sup>93</sup>.

Il semble que ce soit plutôt par une norme de réciprocité potentielle qu'il faille expliquer la dynamique des échanges conjugaux. Permettant de concilier la logique du don et de l'intérêt, deux logiques apparemment contradictoires, cette norme intermédiaire se décrit de la façon suivante : quand un conjoint reçoit un bénéfice de l'autre, il devient endetté et le demeure jusqu'à ce qu'il ait acquitté sa dette au profit de ce dernier, en lui procurant à son tour un bénéfice. Aucun terme précis n'est alors prévu. Aussitôt la dette acquittée, le cycle recommence de nouveau et le processus de réciprocité se poursuit indéfiniment<sup>94</sup>.

Bien sûr, la dette résultant du processus n'est pas de nature économique ou formelle. Il s'agit d'une dette entendue dans le sens d'une reconnaissance. Chaque conjoint reconnaît avoir reçu et est

---

<sup>93</sup> Johanne CHARBONNEAU, «Le côté sombre du don dans la parenté», (1996) 37 *Recherches sociologiques* 113, 115. Voir également Eric POSNER, «Altruism, Status and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises», (1997) 3 *Wisconsin Law Review* 567, 569, 573-574.

<sup>94</sup> Andrée MICHEL, *Sociologie de la famille et du mariage*, Paris, P.U.F., 1978, p. 225 ; Kenneth E. BOULDING, «Réciprocité et échange : l'individu et la famille dans la société», dans Andrée MICHEL (dir.), *Les femmes dans la société marchande*, Paris, P.U.F., 1978, p. 21, à la page 22 ; Eric POSNER, «Altruism, Status and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises», (1997) 3 *Wisconsin Law Review* 567, 569 et suiv. ; Alvin GOULDER, «The Norm of Reciprocity : A Preliminary Statement» (1960) 25 *American Sociological Review* 161. Sur le fonctionnement de la réciprocité en tant que norme, voir également Laurent CORDONNIER, «Normes de réciprocité et comportements stratégiques», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *Ce que donner veut dire*, n° 1, Paris, Édition de la Découverte, 1993, p. 139.

tout naturellement conduit à donner à son tour, sans pour autant être formellement tenu de rendre. Ainsi, la réciprocité n'est jamais garantie et elle est laissée au libre choix du conjoint «endetté». Et cette liberté de choix est fondamentale au fonctionnement du système, du moins au plan des impressions entretenues. On donne en espérant recevoir ce qu'on se représente comme un don et non comme un dû. Comme l'affirme Jacques Godbout :

«[...] ce que souvent les protagonistes du don affirment, c'est qu'ils ne veulent pas tellement recevoir, que recevoir un don. Au point où l'on préférera ne rien recevoir si l'on a l'impression que l'autre s'est senti obligé de donner. Pour cela, il faut imaginer l'autre libre de nous faire un don, un retour.»<sup>95</sup>

Par ailleurs, la réciprocité potentielle n'exige pas que les choses échangées le soient en quantité ou en qualité équivalente. Dans un couple, les salaires, les tâches domestiques, l'affection, les sentiments, les marques d'estime et la sexualité, pour ne nommer que celles-là, sont susceptibles de servir de monnaie d'échange<sup>96</sup>.

Durant la vie conjugale, chaque conjoint cumule donc

---

<sup>95</sup> Jacques T. GODBOUT, «Les bonnes raisons de donner», (1995) 19 *Anthropologie et Sociétés* 45, 51. Voir également Johanne CHARBONNEAU, «Le côté sombre du don dans la parenté», (1996) 37 *Recherches sociologiques* 113, 121-122. Voir enfin le texte suivant des deux mêmes auteurs : «La dette positive dans le lien familial», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *Ce que donner veut dire*, n° 1, Paris, Édition de la Découverte, 1993, p. 235, aux pages 241 et 242.

<sup>96</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, P.U.F., 1993, p. 104.

inconsciemment les gestes profitables qu'il pose et les gestes profitables dont il bénéficie, en termes d'entrées et de sorties. Dans la mesure où les entrées équivalent sensiblement aux sorties, l'équilibre sera maintenu et en principe, la relation conjugale sera préservée<sup>97</sup>. Sinon, une «dette de réciprocité» se constituera graduellement. La reconnaissance d'une telle dette par l'un des conjoints apparaîtra comme un indice de crise<sup>98</sup>.

Cela dit, le calcul de la dette est une opération particulièrement délicate à réaliser, et ce, pour deux raisons. D'une part, la perception de ce qui est donné et reçu peut varier de façon considérable d'un

---

<sup>97</sup> Selon Jacques T. Godbout, l'équilibre réside dans le sentiment entretenu par chaque conjoint à l'effet qu'il reçoit plus de l'autre que ce qu'il ne donne lui-même, situation qu'il qualifie d'état de dettes mutuelles positives : Jacques T. GODBOUT, «L'état d'endettement mutuel», dans *Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.)*, *À qui se fier? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 205. Voir aussi Jacques T. GODBOUT et Johanne CHARBONNEAU, «La dette positive dans le lien familial», dans *Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.)*, *Ce que donner veut dire*, n° 1, Paris, Édition de la Découverte, 1993, p. 235, à la page 247 et suiv. Cette pensée se distingue de celle d'autres auteurs qui croient au contraire que l'équilibre résulte d'un état de dettes mutuelles négatives (chacun estime avoir donné plus que ce qu'il a reçu) : Françoise BLOCH, Monique BUISSON et Jean-Claude MERMET, «Dette et filiation», dans *Groupe de recherches sur la socialisation - rapport de recherche*, Lyon, C.N.R.S.-Université Lumière Lyon-II, 1989, p. 21 (cité dans Johanne CHARBONNEAU, «Le côté sombre du don dans la parenté», (1996) 37 *Recherches sociologiques* 113).

<sup>98</sup> Voir Jacques T. GODBOUT et Johanne CHARBONNEAU, «La dette positive dans le lien familial», dans *Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.)*, *Ce que donner veut dire*, n° 1, Paris, Édition de la Découverte, 1993, p. 235, à la page 49 et suiv.

conjoint à l'autre<sup>99</sup>. L'insatisfaction vécue par l'un peut ne pas être justifiée aux yeux de l'autre. Et comment évaluer des biens aussi différents que les salaires, l'affection et les marques d'estime<sup>100</sup>?

À cet effet, les sentiments qui existent entre les conjoints risquent bien d'influencer les perceptions entretenues. En effet, l'amour, la bienveillance et la confiance qu'un conjoint porte à l'autre contribueront à diminuer l'impact d'un déséquilibre. Au contraire, la malveillance et la méfiance contribueront à l'accentuer :

«Si A et B sont bienveillants l'un à l'égard de l'autre, ce qui correspond au modèle du bonheur conjugal, les termes de la réciprocité réels peuvent varier fortement sans que leurs relations en souffrent. A peut sentir qu'il ou elle donne beaucoup à B sans recevoir grand-chose [sic] en retour, mais si A a de la bienveillance à l'égard de B, la perception par A de son propre bien-être s'en trouvera accrue.»<sup>101</sup>

À l'inverse, la dynamique de la bienveillance et de la malveillance dépend en partie de la perception des termes de la réciprocité. Si

---

<sup>99</sup> Kenneth E. BOULDING, «Réciprocité et échange : l'individu et la famille dans la société», dans Andrée MICHEL (dir.), *Les femmes dans la société marchande*, Paris. P.U.F., 1978, p. 21, aux pages 23-24. Voir aussi Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris. Nathan, 1992, p. 136.

<sup>100</sup> Jean KELLERHALS, Josette COENEN-HUTHER, Marianne MODAK, «Justice and the Family : an Exploratory Analysis», (1990) 31 *Arch. europ. sociol.* 174 ; Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris. P.U.F., 1993, pp. 107-108.

<sup>101</sup> Kenneth E. BOULDING, «Réciprocité et échange : l'individu et la famille dans la société», dans Andrée MICHEL (dir.), *Les femmes dans la société marchande*, Paris. P.U.F., 1978, p. 21, à la page 31.

cette perception est positive, la bienveillance pourrait s'accroître alors qu'elle aura naturellement tendance à diminuer si elle est négative<sup>102</sup>.

D'autre part, la norme de réciprocité est implicite et s'inscrit dans ce qu'on pourrait qualifier de «non-dit»<sup>103</sup>. Ainsi, elle permet de camoufler les calculs qui sous-tendent la relation conjugale et préserve efficacement l'illusion de rapports strictement basés sur le don de soi<sup>104</sup>. L'idéal amoureux ne pourrait, semble-t-il, s'accomoder d'une logique rationnelle ouvertement avouée<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Kenneth E. BOULDING, «Réciprocité et échange : l'individu et la famille dans la société», dans Andrée MICHEL (dir.), *Les femmes dans la société marchande*, Paris, P.U.F., 1978, p. 21, à la page 31. L'auteur fait toutefois référence au «piège du sacrifice» qui, selon lui, tempère quelque peu l'application de cette dynamique : «[s]i des termes de réciprocité défavorables sont considérés comme un sacrifice, la personne qui se sacrifie s'identifie à l'objet de son sacrifice et ne peut donc admettre que ce dernier soit vain. Les sacrifices peuvent donc, dans certaines circonstances, accroître la bienveillance.» L'auteur s'empresse cependant d'ajouter qu'il existe un point à partir duquel le «[...] sacrifice contribuera à détruire l'illusion que les sacrifices n'étaient pas vains et tout l'édifice s'écroulera tragiquement».

<sup>103</sup> Kenneth E. BOULDING, «Réciprocité et échange : l'individu et la famille dans la société», dans Andrée MICHEL (dir.), *Les femmes dans la société marchande*, Paris, P.U.F., 1978, p. 21, à la page 25.

<sup>104</sup> Plus généralement, on constate que les acteurs sociaux engagés dans un rapport de don nient être d'abord motivés par l'intérêt (au sens de donner dans le but de recevoir en retour) : Jacques T. GODBOUT, «Les bonnes raisons de donner», (1995) 19 *Anthropologie et Sociétés* 45, 47.

<sup>105</sup> Jean KELLERHALS, «Ambiguïtés normatives de l'échange conjugal : le problème de la norme d'équité», (1981) 7 *Revue suisse de sociologie* 311, 314. Voir également Allan BLOOM, *L'amour et l'amitié*, traduit de l'américain par Pierre Manent, Paris, Éditions de Fallois, 1996, p. 561.



On comprend pourquoi les conjoints ne sont pas naturellement portés à communiquer sur le sujet ou reformuler leur relation de manière à en arriver à un meilleur équilibre. «Le plus grand problème de la réciprocité, écrit Kenneth E. Boulding, c'est qu'étant donné sa nature non formelle, elle est considérée en grande partie comme chose acquise, ce qui ne pousse pas à la communication.»<sup>106</sup> En faisant les comptes, les conjoints courent effectivement le risque de compromettre l'illusion de pure gratuité qu'ils entretenaient l'un à l'égard de l'autre. Jean-Claude Kaufmann observe :

«Le paradoxe est que cette attente [du contre-don] ne peut pas être formulée, sous peine que ne soit dénaturée l'économie dominante du don [véritable]. Elle doit idéalement rester silencieuse et non représentée, comme l'injonction qui la fonde.»<sup>107</sup>

Des ruptures dans le don et le contre-don sont toutefois inévitables. Le conjoint insatisfait pour avoir trop donné et trop peu reçu exigera un jour ou l'autre qu'on fasse les comptes<sup>108</sup>. Dès lors, même s'ils

---

<sup>106</sup> Kenneth E. BOULDING. «Réciprocité et échange : l'individu et la famille dans la société», dans Andrée MICHEL (dir.), *Les femmes dans la société marchande*, Paris, P.U.F., 1978, p. 21, à la page 25. Voir aussi Robert Oscar BLOOD, «Social Change and Kinship patterns» dans Ruben HILL et René KÖNIG (dir.), *Family in East and West*, Paris, Mouton, 1970, p. 189, aux pages 189-201.

<sup>107</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 129.

<sup>108</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, P.U.F., 1993, p. 109. Il faut noter que l'accumulation d'une dette de réciprocité n'est pas systématiquement problématique, pour autant que les deux conjoints en soient conscients et qu'il soit réaliste de croire qu'on pourra l'éponger dans un avenir plus ou moins rapproché : Kenneth E. BOULDING, «Réciprocité et échange : l'individu et la famille dans la société», dans

ont sincèrement vécu leurs échanges en termes de dons empreints de gratuité, les deux partenaires seront amenés à les considérer sous l'angle de la réciprocité. D'implicite qu'elle était, la norme de réciprocité deviendra alors explicite.

Certes, une discussion ouverte sur le sujet peut contribuer avantageusement à définir un meilleur équilibre des échanges et rectifier les règles de l'interaction. Une telle discussion comporte toutefois des risques de dérapage. Comme l'affirme Kaufmann, transformer un don en échange (et *a fortiori* en contrat) n'est pas une mince affaire et nécessite un certain doigté de la part des deux conjoints<sup>109</sup>, surtout si l'on considère ce passage comme un symptôme de crise<sup>110</sup>. Dans certains cas, l'intervention d'un tiers pourrait même s'avérer nécessaire afin d'établir et de contrôler la communication. À cet égard, Kenneth E. Boulding écrit :

«On peut supposer que le conseiller conjugal s'attache à renégocier les termes de la réciprocité dans un ménage,

---

Andrée MICHEL (dir.), *Les femmes dans la société marchande*, Paris, P.U.F., 1978, p. 21, à la page 23. Par ailleurs, la dette de réciprocité pourrait être contre-balançée par un tiers (réciprocité indirecte). Ainsi, l'enfant du couple pourrait, par sa seule présence, contribuer à diminuer l'impact d'une lourde dette et justifier le maintien de la relation conjugale, sans qu'il devienne vraiment nécessaire de faire les comptes : Jean KELLERHALS et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 85.

<sup>109</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, p. 140.

<sup>110</sup> Voir Jacques T. GODBOUT et Johanne CHARBONNEAU, «La dette positive dans le lien familial», dans *Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.)*, *Ce que donner veut dire*, n° 1, Paris, Édition de la Découverte, 1993, p. 235, à la page 253.

un peu comme un conciliateur ou médiateur industriel contribue à la renégociation des termes de réciprocité dans les relations de travail.»<sup>111</sup>

La communication explicite n'est toutefois pas la seule issue pour gérer l'insatisfaction. Les conjoints peuvent utiliser ce que Jean-Claude Kaufmann nomme la «défection secrète»<sup>112</sup>. La défection secrète permet de manifester une insatisfaction sans l'exprimer ouvertement. Elle consiste le plus souvent à se détacher du partenaire, sans ne rien changer dans les apparences et sans ne rien dire, mais pour un temps seulement, c'est-à-dire dans l'attente d'un contre-don susceptible d'éliminer l'insatisfaction.

Certes, ce procédé n'est pas sans risque. Si le contre-don se fait attendre trop longtemps ou si le déséquilibre devient trop important, le détachement ou l'éloignement pourrait s'intensifier et, selon les circonstances, affaiblir les sentiments qu'éprouve le conjoint insatisfait<sup>113</sup>. À ce stade avancé, comme l'affirme Jean-Claude Kaufmann, «[...] la défection secrète est susceptible de fragiliser

---

<sup>111</sup> Kenneth E. BOULDING. «Réciprocité et échange : l'individu et la famille dans la société», dans Andrée MICHEL (dir.), *Les femmes dans la société marchande*. Paris, P.U.F., 1978, p. 21, à la page 25.

<sup>112</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*. Paris, Nathan, 1992, pp. 136-138.

<sup>113</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*. Paris, Nathan, 1992, p. 137.

voire de rompre le lien conjugal»<sup>114</sup>.

Cela étant dit, il est légitime de se demander si les nombreux changements socio-économiques qui ont modifié le portrait de la relation conjugale au cours des dernières décennies sont susceptibles d'affecter la norme de réciprocité potentielle ou d'en justifier le remplacement par une autre? Certains auteurs se sont intéressés à la question. Deux facteurs de changement sociaux leur sont apparus déterminants : la privatisation des rapports entre conjoints et la précarité de la relation conjugale.

Comme nous l'avons déjà souligné, les conjoints sont désormais amenés à définir les principes d'équité devant gouverner leurs échanges selon leur propre conception du mariage<sup>115</sup>. Autrement dit, les couples n'entrent plus systématiquement dans le moule social préfabriqué. Du couple-fusion où les conjoints partagent tout ou presque (extension large<sup>116</sup>), au couple-sociétaire<sup>117</sup> où chacun

---

<sup>114</sup> Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, P.U.F., 1993, p. 111.

<sup>115</sup> Sur les autres sens de la «privatisation», voir Jean KELLERHALS, «Ambiguïtés normatives de l'échange conjugal : le problème de la norme d'équité», (1981) 7 *Revue suisse de sociologie* 311, 312.

<sup>116</sup> De manière plus précise, le terme «extension» caractérise le nombre de domaines ou secteurs de l'existence que les partenaires conviennent de faire entrer dans l'échange : Jean KELLERHALS, «Ambiguïtés normatives de l'échange conjugal : le problème de la norme d'équité», (1981) 7 *Revue suisse de sociologie* 311, 315.

<sup>117</sup> Il semble que les conjoints adoptent ce type de rapports au fur et à mesure que leur statut social augmente : «[a]ppartenir aux milieux universitaires et para-universitaires, c'est disposer d'atouts économiques et culturels qui, en quantité et qualité, sont

conserve une très large autonomie (extension limitée ou sectorielle), en passant par les différents stades intermédiaires, on constate qu'il n'y a plus un seul modèle de référence, mais plusieurs. D'autre part, la permanence du mariage n'est plus garantie. Les statistiques récentes en matière de divorce en font foi.

Or, selon les auteurs à l'origine de la recherche, la réciprocité potentielle ne peut s'articuler que dans le cadre d'une relation de durée indéfinie où l'extension demeure relativement large<sup>118</sup>. Dans une relation de type sociétaire, les conjoints pourraient avoir tendance à ne pas laisser une dette de réciprocité s'alourdir, vu le faible flux des échanges et la possibilité qu'une rupture vienne compromettre leurs chances d'être «remboursés»<sup>119</sup>. Délaissant la réciprocité potentielle, il seraient plutôt amenés à mettre l'emphasis sur la réciprocité immédiate ou, en d'autres termes, sur l'échange avec ou sans le contrat:

---

monnayables sur d'autres "marchés" que celui de la famille. C'est disposer en ce sens d'identités alternatives à celles procurées par la relation familiale. Il découle de cela que l'extension de l'échange devrait être, au plan normatif, plus limitée dans ces milieux. [...] Le nous-couple cède en partie le pas à l'individualisme.»: Jean KELLERHALS. «Ambiguïtés normatives de l'échange conjugal : le problème de la norme d'équité». (1981) 7 *Revue suisse de sociologie* 311. 319. Voir aussi la conclusion de l'auteur à la page 322.

<sup>118</sup> «L'ampleur de l'échange permet des compensations d'un secteur à l'autre qui ne peuvent exister si l'échange est très sectoriel.» : Jean KELLERHALS et autres. *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 85.

<sup>119</sup> Jean KELLERHALS et autres. *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984, p. 85.

«[...] as soon as the probability of separation rises (like in Western European countries since the sixties) and the duration of the exchange become subjectively finite, the norm of potential and delayed reciprocity, in the subjective sense, does not apply well anymore, and the members of the group are induced, *volens nolens*, to put more stress on immediate reciprocity.»<sup>120</sup>

Deux problèmes particuliers risquent alors de se poser. D'une part, lorsqu'on parle d'échanges ou de contrats, on ne parle plus de dons et on confronte sans détour le tabou des calculs rationnels dans les relations affectives. D'autre part, on se bute à l'absence d'instruments de mesure permettant d'évaluer les entrées et les sorties attribuables à chacun des conjoints<sup>121</sup>.

Ces difficultés expliqueraient certaines ambiguïtés normatives actuellement observables chez certains couples. Des conjoints offrent tout dans l'instant présent, mais se réservent le droit de redéfinir les règles du jeu l'instant suivant. D'autres s'efforcent de limiter leur relation aux seules dimensions sentimentale, sexuelle et intellectuelle, de manière à circonscrire le flux des échanges<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Jean KELLERHALS, Josette COENEN-HUTHER, Marianne MODAK, «Justice and the Family : an Exploratory Analysis» (1990) 31 *Arch. europ. sociol.* 174, 175.

<sup>121</sup> Jean KELLERHALS, Josette COENEN-HUTHER, Marianne MODAK, «Justice and the Family : an Exploratory Analysis» (1990) 31 *Arch. europ. sociol.* 174 et Johanne CHARBONNEAU, «Le côté sombre du don dans la parenté», (1996) 37 *Recherches sociologiques* 113, 124 et 126.

<sup>122</sup> Jean KELLERHALS, Josette COENEN-HUTHER, Marianne MODAK, «Justice and the Family : an Exploratory Analysis» (1990) 31 *Arch. europ. sociol.* 174 et Johanne CHARBONNEAU, «Le côté sombre du don dans la parenté», (1996) 37 *Recherches*

Certes, nul ne saurait prétendre que l'on assiste actuellement à un bouleversement majeur de la normativité conjugale. Selon les réalités observables, la réciprocité potentielle serait toujours la norme dominante pour une majorité de couples. Il faut toutefois reconnaître que la privatisation des rapports conjugaux et la précarité des unions sont susceptibles de changer la donne, à plus ou moins long terme. Les ambiguïtés normatives décélées par les chercheurs sont peut-être le signe annonciateur d'un déplacement graduel vers d'autres types de réciprocité, se rapprochant davantage de l'échange contractuel. On ne peut l'affirmer, mais on est certainement justifié de soumettre la question.

## **§ 2 La confiance**

Si la relation conjugale est fondée sur une norme de réciprocité potentielle, quel est au juste le mécanisme de coordination qui permet à cette norme d'être efficace? En d'autres termes, qu'est-ce qui permet aux conjoints de différer à un moment indéterminé la contre-partie de leur prestation? Qu'est-ce qui les amène à prendre le risque de donner, sans aucune garantie de retour? Il semble bien que ce soit la confiance.

La confiance est un concept difficile à définir, probablement en raison de son caractère diffus et profondément subjectif. Dans son

---

*sociologiques* 113, 124 et 126.

imposante thèse de doctorat portant sur la confiance en droit contractuel, Alain Chirez propose la définition suivante :

«[La confiance] est un acte de foi et aussi une attitude, raisonnables ou irréfléchis, choisis ou forcés, faits d'une part de croyance en l'existence de certaines qualités que possède réellement ou apparemment une personne, une chose ou un titre et d'autre part, d'attente de certains effets dont la réalisation future dépend en tout ou en partie d'autrui.»<sup>123</sup>

En somme, la confiance permet de croire ou d'espérer que les acteurs sociaux avec lesquels on interagit se conformeront aux attentes exprimées ou présumées en toute bonne foi, sans tenter de tirer profit de situations futures à leur bénéfice exclusif<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Alain CHIREZ. *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat. Nice, Faculté de droit et des sciences économiques. Université de Nice, 1977, p. 21.

<sup>124</sup> Le professeur Roger Cotterrell traduit cette réalité dans les termes suivants : «[...] a confidence that general expectations in familiar social circumstances will not be frustrated» : Roger COTTERRELL. «Trusting in Law : Legal and Moral Concepts of Trust», (1993) 46 *Current Legal Problems* 75. Lucien Karpik écrit : «"Croire en ...", c'est avoir confiance, c'est tenir pour vrai ou établi que le délégué, par suite des qualités particulières qu'on lui prête, va témoigner de sa fidélité à la promesse implicite ou explicite qui est constitutive de l'échange et va donc se conformer à l'attente de comportement qu'on a formée pour lui.» : Lucien KARPIK, «Dispositifs de confiance et engagements crédibles», (1996) 38 *Sociologie du travail* 527, 529. Quant à Jean-Michel Servet, il propose la définition suivante : «La confiance se présente comme foi émotive ou comme évaluation positive des capacités à respecter un engagement.» : Jean-Michel SERVET, «Paroles données : le lien de confiance», dans *Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), À qui se fier? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 37, à la page 39. Pour d'autres éléments de définition de la confiance, voir aussi Eric POSNER, «Altruism, Status and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises», (1997) 3 *Wisconsin Law Review* 567, 577-578 ; David GOOD, «Individuals, Interpersonal Relations, and Trust», dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 33 ; Robert E. LARZELERE et Ted. L. HUSTON, «The Dyadic Trust Scale : Toward



Le besoin de confiance prend donc sa source dans l'incertitude propre au futur et tient lieu de police d'assurance pour contrer les risques qui en découlent<sup>125</sup>. Car la confiance oblige. Elle est génératrice d'obligations morales pour celui ou celle qui en fait l'objet<sup>126</sup>.

Ce n'est pas dire que la confiance élimine toute forme d'incertitude. Bien au contraire, celui ou celle qui a accordé sa confiance à autrui encoure toujours le risque d'être trahi<sup>127</sup>. Comme l'exprime Lucien Karpik :

«Par la confiance, je reconnais une autorité qui va prendre la forme d'un principe d'orientation de ma propre action. Dès lors que pour prendre ma propre décision, je m'en remets à une entité extérieure quelconque - une

---

Understanding Interpersonal Trust in Close Relationship», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 595.

<sup>125</sup> Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 25 et p. 106.

<sup>126</sup> Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, pp. 488-489.

<sup>127</sup> «We are now in position to formulate the problem of trust as a gamble, a risky investment.» : Niklas LUHMANN, *Trust and Power (Trust as a Reduction of Complexity)*, New York, John Wiley and Sons, 1979, p. 24. Voir aussi Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 270. Pour certains, le risque qu'implique la confiance est inévitable dans la société contemporaine. Refuser de l'assumer équivaldrait à paralyser les échanges interpersonnels et les autres rapports sociaux. Ainsi, la confiance constituerait un mécanisme de réduction de la complexité sociale : Niklas LUHMANN, *Trust and Power (Trust as a Reduction of Complexity)*, New York, John Wiley and Sons, 1979, p. 4 et suiv. ; David GOOD, «Individuals, Interpersonal Relations, and Trust», dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 32.

personne, une règle, un dispositif ou une institution - alors même que ses principes d'action échappent à ma connaissance et à mon contrôle, dès lors que j'abandonne l'exercice direct de ma liberté, je m'inscris dans une relation de délégation. Cette relation asymétrique comporte évidemment le double risque de se tromper et d'être trompé, de l'erreur, et de l'abus de confiance.»<sup>128</sup>

Peu d'auteurs se sont véritablement intéressés à la notion de confiance et à ses effets<sup>129</sup>. Qui plus est, les quelques ouvrages qui traitent de la question le font de manière plus ou moins accessoire ou dans une perspective étrangère à notre sujet de recherche. En effet, c'est principalement dans le domaine des relations d'affaires que l'on s'est intéressé à la confiance. Il nous semble toutefois utile de résumer les travaux effectués en cette matière afin d'en extraire les idées susceptibles de trouver application dans le domaine des relations conjugales.

---

<sup>128</sup> Lucien KARPIK, «Dispositifs de confiance et engagements crédibles». (1996) 38 *Sociologie du travail* 527. 528-529.

<sup>129</sup> Luhmann affirme d'ailleurs : «[...] Trust has never been a topic of mainstream sociology. Neither classical authors nor modern sociologists use the term in a theoretical context.»: Niklas LUHMANN, «Familiarity Confidence, Trust : Problems and Alternatives», dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 94. Au même effet, voir Partha DASGUPTA, «Trust as a Commodity», dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 49.

## A. La confiance dans la relation d'affaires

On a surtout abordé la confiance dans le cadre des relations contractuelles<sup>130</sup> où l'exécution des prestations n'est pas concomitante à la conclusion du contrat<sup>131</sup>. On pense, par exemple, aux relations de sous-traitance industrielle, d'emploi, de franchise et de société. De façon générale, la confiance y est présentée comme un ingrédient essentiel à la formation et au maintien des échanges<sup>132</sup>. Elle représente, en quelque sorte, une réponse psychologique aux risques et à l'incertitude que comporte toute

---

<sup>130</sup> Évidemment, il n'est question que de contrats librements négociés et non de contrats imposés. «Dès lors que les individus sont obligés, soit à contracter, soit à demeurer engagés les uns envers les autres, on se trouve en présence d'une situation objective, d'où la confiance comme tout autre phénomène subjectif, est exclue.» : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 108.

<sup>131</sup> Ces contrats correspondent aux contrats dits «relationnels» selon la classification du professeur Ian R. Macneil dont nous traiterons plus spécifiquement dans la troisième partie. Il ne faut pas conclure pour autant que la confiance n'existe pas dans les contrats où la prestation est exécutée sur le champ, (c'est-à-dire les contrats dits «transactionnels» selon la classification de Macneil), comme la vente : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 115 et suiv.

<sup>132</sup> Bernard BAUDRY, «De la confiance dans la relation d'emploi ou de sous-traitance», (1994) 33 *Sociologie du travail* 43, 50 ; Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 25 ; André ORLÉAN, «Sur le rôle respectif de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand», dans *Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.)*, *À qui se fier? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 17, à la page 24. Voir également Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 383.

relation appelée à se dérouler dans le futur<sup>133</sup>.

Ainsi, des personnes ou des entreprises n'accepteront généralement d'engager ensemble une relation durable que dans la mesure où elles s'estiment mutuellement dignes de confiance, que ce soit sur la base d'expériences passées positives, de références provenant de tiers, de la réputation établie ou de processus d'accréditation technique<sup>134</sup>. Le simple fait de contracter, écrit l'économiste

---

<sup>133</sup> Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 123 ; Edward H. LORENZ, «Neither Friends nor Strangers : Informal Networks of Subcontracting in French Industry», dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 194, aux pages 199 et 201 ; Jean-Michel SERVET, «Paroles données : le lien de confiance», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *À qui se fier ? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 37, à la page 39 et Jean-Philippe NEUVILLE, «La tentation opportuniste : figures et dynamique de la coopération interindividuelle dans le partenariat industriel», (1998) 39 *Revue française de sociologie* 71, 83. Sur la notion d'incertitude dans les contrats de sous-traitance et d'emploi, voir spécifiquement Bernard BAUDRY, «De la confiance dans la relation d'emploi ou de sous-traitance», (1994) 33 *Sociologie du travail* 43.

<sup>134</sup> Pour une étude des différents facteurs contribuant à l'émergence d'un lien de confiance personnelle entre partenaires d'affaires, voir généralement Edward LORENZ, «Confiance, contrats et coopération économique», (1996) 38 *Sociologie du travail* 487 et Lucien KARPIK, «Dispositifs de confiance et engagements crédibles», (1996) 38 *Sociologie du travail* 527. Selon certains, l'avènement de l'assurance-qualité aurait pour effet de diminuer l'importance des rapports de confiance «interpersonnelle» entre les parties à une relation de sous-traitance (reposant sur la familiarité et la connaissance personnelle) au profit d'une confiance-système : «Le défi auquel font face les représentants de l'assurance-qualité est celui d'amener les acteurs de la sous-traitance industrielle locale à modifier leurs comportements en faisant confiance à des principes d'action qu'ils ne connaissent pas d'expérience [...]. Prendre une direction nouvelle, investir dans une démarche inconnue et s'engager dans des relations substantiellement transformées constituent des actions qui requièrent une confiance qui ne peut plus reposer sur la familiarité et la connaissance personnelle, une confiance tournée vers le futur qui s'en remet aux vertus de la science et à l'intégrité des experts ; en un mot, une confiance modernisée.» : Jean-Guy BELLEY et autres, «Moderniser la confiance : «L'assurance

Bernard Baudry, constitue déjà un acte de confiance<sup>135</sup>. On ne traite pas avec quelqu'un dont on est convaincu qu'il n'exécutera pas ses obligations<sup>136</sup>. À cet effet, Alain Chirez écrit :

«Si la confiance noue souvent l'accord, la disparition de ce sentiment peut dénouer le lien contractuel. La durée du contrat, lorsqu'elle est indéterminée, dépend dans une très large mesure du maintien des relations de confiance.»<sup>137</sup>

La relation d'affaires ne pourrait donc s'expliquer que par un simple calcul d'intérêts individuels. La seule complémentarité entre deux partenaires ne suffit pas à rendre leur coopération évidente : «[i]

---

qualité comme décontextualisation de la sous-traitance industrielle», (1995) 32.1 *Revue canadienne de sociologie et d'anthropologie* 1. 9. Voir également Bernard BAUDRY, «De la confiance dans la relation d'emploi et de sous-traitance», (1994) 33 *Sociologie du travail* 43.

<sup>135</sup> Bernard BAUDRY, «Contrat, autorité et confiance : la relation de sous-traitance est-elle assimilable à la relation d'emploi?», (1992) 43 *Revue économique* 871, 884. Voir également Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 31 et suiv. et p. 265.

<sup>136</sup> Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 31. Dans le même sens, le doyen Gérard Cornu écrit : «[i]l règne toujours entre contractants un certain sentiment de confiance.» : Gérard CORNU, «Du sentiment en droit civil», (1963) *Annales de la Faculté de droit de Liège* 189, 192.

<sup>137</sup> Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 19. Pour illustrer ses propos, l'auteur donne l'exemple de la relation d'associés et d'emploi où le maintien d'un certain niveau de confiance est indispensable. Dans le même sens, voir Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, pp. 182-183.

faut, même dans le cas très simple où ont été écartés tout conflit d'intérêt et toute insuffisance d'information, quelque chose de plus qu'ils nomment confiance»<sup>138</sup>.

Bien que la confiance comporte un risque pour le contractant, celui d'être trompé ou trahi<sup>139</sup>, plusieurs partenaires considèrent la confiance comme l'option la moins coûteuse sur le plan économique. La confiance contribuerait à la diminution des coûts de transaction, en évitant aux partenaires les frais d'un contrat écrit où l'on tenterait de prévoir et planifier toutes les éventualités susceptibles

---

<sup>138</sup> André ORLÉAN, «Sur le rôle respectif de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *À qui se fier? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 17, à la page 21. Selon un auteur, le recours à la notion de confiance pour expliquer la formation et le maintien des échanges n'est pas approprié : le principe de l'action de chaque partenaire se trouverait tout entier contenu dans la structure rationnelle des intérêts sans que le recours à la confiance n'ajoute quoi que ce soit à la compréhension des décisions. Pour cet auteur, parler de confiance à propos d'une relation qui ne se noue que parce que tel est l'intérêt des parties est, dans la majorité des cas, une source de confusion : Oliver E. WILLIAMSON, *Calculativeness, Trust and Economic Organization*, 1993 (cité dans André ORLÉAN, «Sur le rôle respectif de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *À qui se fier? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 17.)

<sup>139</sup> Il faut toutefois noter que la confiance est, à certaines conditions et dans certaines circonstances, sanctionnée par le droit positif, ce qui peut contribuer à diminuer les conséquences négatives du risque assumé. Le dol, la mauvaise foi, l'abus de droit et l'abus de confiance sont autant de concepts juridiques qui traduisent la volonté du législateur de soutenir la confiance légitimement accordée à autrui en tant que mécanisme de régulation. Comme l'écrit Chirez, «[...] la confiance trahie appelle le droit.» : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 10. Voir également la page 489 et suiv. pour une étude détaillée de cette question en droit français.

de se produire dans l'avenir<sup>140</sup>.

En toute hypothèse, on reconnaît de plus en plus les limites que comporte tout processus contractuel. Un contrat, aussi explicite soit-il, ne pourra jamais anticiper la totalité des événements futurs pouvant affecter les termes de l'échange<sup>141</sup>. En outre, le contrat ne peut ni assurer une parfaite exécution des obligations, ni garantir l'absence de comportements opportunistes<sup>142</sup>. Source d'obligations morales<sup>143</sup>, c'est la confiance qui permettrait aux partenaires

---

<sup>140</sup> «[...] while trust is costly, lack of trust is more costly still.» : Edward H. LORENZ, «Neither Friends nor Strangers : Informal Networks of Subcontracting in French Industry», dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 194, à la page 209. Voir aussi ce qu'écrit l'auteur à la page 198.

<sup>141</sup> Voir notamment Bernard BAUDRY, «Contrat, autorité et confiance : la relation de sous-traitance est-elle assimilable à la relation d'emploi?», (1992) 43 *Revue économique* 871, 879. Cette prétention n'est pas celle de tous les économistes. Partant de l'hypothèse de la parfaite rationalité des agents, la théorie économique classique suppose que ces derniers sont en mesure de négocier, au moindre coût, des contrats exhaustifs, c'est-à-dire qui prévoient tous les événements futurs possibles pouvant affecter les termes de l'échange. Dans un monde semblable, les partenaires n'ont pas à craindre que, dans un futur imprévisible, des circonstances inattendues entraînent des réactions opportunistes, car alors l'intervention d'un tiers garant [le juge] suffirait pour exiger l'exécution du contrat : voir Edward LORENZ, «Confiance, contrats et coopération économique», (1996) 38 *Sociologie du travail* 487, 487 et 492.

<sup>142</sup> Bernard BAUDRY, «Contrat, autorité et confiance : la relation de sous-traitance est-elle assimilable à la relation d'emploi?», (1992) 43 *Revue économique* 871, 875 et 885.

<sup>143</sup> «La confiance légitime, c'est donc bien aussi cette confiance que la morale interdit de tromper.» : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, pp. 488-489. Sur la confiance comme source d'obligations morales, voir également Niklas LUHMANN, *Trust and Power (Trust as a Reduction of Complexity)*, New York, John Wiley and Sons, 1979, pp. 43-44 ; Edward LORENZ, «Confiance, contrats et coopération économique», (1996) 38 *Sociologie du travail* 487, 497 ; Lucien KARPIK, «Dispositifs de confiance et

d'amorcer et de poursuivre leur relation, malgré les carences propres au contrat. En ce sens, Partha Dasgupta écrit :

«In fact, no contract, even if it is scrutized by sharp lawyers, can detail every eventuality, if for no other reason than that no language can cope with unlimited refinement in distinguishing contingencies. Thus trust covers expectations about what others will do or have done (or what message they will transmit) in circumstances that are not explicitly covered in the agreement.»<sup>144</sup>

Adhérant à cette prétention, plusieurs partenaires d'affaires n'ont d'ailleurs recours au contrat que pour décrire les lignes maîtresses de leur relation, sans plus<sup>145</sup>. Loin d'essayer de prédire l'avenir, ils

---

engagements crédibles». (1996) 38 *Sociologie du travail* 527, 543-544 ; Jean-Guy BELLEY et autres, «Moderniser la confiance : L'assurance-qualité comme décontextualisation de la sous-traitance industrielle», (1995) 32.1 *Revue canadienne de sociologie et d'anthropologie* 1, 7 et Eiichi HOSHINO, «L'évolution du droit des contrats au Japon», dans Centre français de droit comparé, *Études de droit japonais*, Paris, Société de législation comparée, 1989, p. 403, aux pp. 409-410.

<sup>144</sup> Partha DASGUPTA, «Trust as a Commodity», dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 49, aux pp. 52-53. Voir aussi Bernard BAUDRY, «De la confiance dans la relation d'emploi et de sous-traitance», (1994) 33 *Sociologie du travail* 43, 50 ; Edward H. LORENZ, «Neither Friends nor Strangers : Informal Networks of Subcontracting in French Industry», dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 194, aux pp. 201-202 et 209 ; Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 382.

<sup>145</sup> Voir Stewart MACAULAY, «Non Contractual Relations in Business : A Preliminary Study», (1963) 28 *American Sociological Review* 55. Voir aussi Edward LORENZ, «Confiance, contrats et coopération économique», (1996) 38 *Sociologie du travail* 487, 497 et Jean-Michel SERVET, «Paroles données : le lien de confiance», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *À qui se fier? Confiance*,



admettent plutôt que des adaptations seront éventuellement requises pour maintenir la relation et pour en préciser les tenants et aboutissants<sup>146</sup>. Dans cette perspective, la confiance ne peut qu'occuper une place privilégiée<sup>147</sup>. À cet égard, Edward Lorenz remarque :

«Les contrats incomplets visent moins à faire exécuter les engagements pris, qu'à procurer aux protagonistes de l'échange un accord-cadre, au sein duquel se déroulent les discussions et négociations nécessaires à l'adaptation séquentielle de ces contrats. [...] Si l'héritage des relations conflictuelles ancre trop profondément la méfiance, les acteurs peuvent être réticents à assumer le risque inévitable que comporte l'engagement dans une relation contractuelle sur le long terme.»<sup>148</sup>

À l'inverse, on prétend souvent qu'un contrat trop détaillé ou trop

---

*Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 37, à la page 44.

<sup>146</sup> Cette façon d'envisager le contrat rejoint la conception japonaise du contrat : Eiichi HOSHINO, «L'évolution du droit des contrats au Japon», dans Centre français de droit comparé, *Études de droit japonais*, Paris, Société de législation comparée, 1989, p. 403, à la p. 409.

<sup>147</sup> Edward LORENZ, «Confiance, contrats et coopération économique», (1996) 38 *Sociologie du travail* 487 et 497. Voir aussi Lucien KARPIK, «Dispositifs de confiance et engagements crédibles», (1996) 38 *Sociologie du travail* 527, 543-544 et Jean-Guy BELLEY et autres, «Moderniser la confiance : L'assurance-qualité comme décontextualisation de la sous-traitance industrielle», (1995) 32.1 *Revue canadienne de sociologie et d'anthropologie* 1. 7.

<sup>148</sup> Edward LORENZ, «Confiance, contrats et coopération économique», (1996) 38 *Sociologie du travail* 487, 506. Voir aussi Lucien KARPIK, «Dispositifs de confiance et engagements crédibles», (1996) 38 *Sociologie du travail* 527, 546-547.

rigide risque d'être perçu comme un déni de confiance. En tentant de canaliser toute la relation à l'intérieur d'un contrat formel, ce qui, comme nous l'avons vu, est loin d'être réaliste, les contractants peuvent se donner l'impression qu'ils ne se font pas suffisamment confiance pour s'en remettre à leur bonne foi respective en cas d'imprévu. Dans une étude réalisée en 1963, Stewart Macaulay écrit :

«Even where agreement can be reached at the negotiation stage, carefully planned arrangements may create undesirable exchange relationships between business units. Some businessmen object that in such a carefully worked out relationship one gets performance only the letter of the contract. Such planning indicates a lack of trust and blunts the demands of friendship, turning a cooperative venture into a antagonistic horse trade.»<sup>149</sup>

On comprend de ce qui précède que contrat d'affaires et confiance ne sont pas, à prime abord, antinomiques. Ils apparaissent plutôt complémentaires<sup>150</sup>. Comme l'affirme Bernard Baudry, «[...] [l]a confiance est partie intégrante au contrat, à sa formation et à son

---

<sup>149</sup> Stewart MACAULAY, «Non Contractual Relations in Business : A Preliminary Study», (1963) 28 *American Sociological Review* 55, 64. Évoquant la culture japonaise du contrat, le professeur Hoshino observe, dans le même sens : «[...] les Japonais pensent que chercher à établir minutieusement un contrat et fixer avec précision les droits et les obligations des parties est une marque de méfiance envers l'autre partie.» : Eiichi HOSHINO, «L'évolution du droit des contrats au Japon», dans Centre français de droit comparé, *Études de droit japonais*, Paris, Société de législation comparée, 1989, p. 403, à la page 409.

<sup>150</sup> Voir d'ailleurs les remarques très intéressantes d'Alain CHIREZ dans *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 3 et suiv.

exécution»<sup>151</sup>. Plus encore, le contrat représente un élément constitutif de la confiance. En validant l'engagement d'abord établi sur la base de la confiance, le document écrit conforte et consolide le sentiment de confiance que partagent les partenaires<sup>152</sup>.

Évidemment, un contrat peut équivaloir à un déni de confiance s'il est envisagé par l'un ou l'autre des contractants en termes de source de régulation exclusive et à cette fin, présente une facture extrêmement détaillée. Tenter de tout prévoir peut effectivement diminuer la confiance mutuelle, voire même l'évacuer, en trahissant la suspicion qu'entretiennent les contractants l'un à l'égard de l'autre. Ce n'est pas alors le contrat, *in abstracto*, qui exclut la confiance, mais les présomptions ou impressions qui se dégagent de l'utilisation qui en est faite.

Signer un contrat est un acte de confiance dans la mesure où les

---

<sup>151</sup> Bernard BAUDRY, «Contrat, autorité et confiance : la relation de sous-traitance est-elle assimilable à la relation d'emploi?», (1992) 43 *Revue économique* 871, 884. Voir également Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 31 et p. 265. Qui plus est, dans certains pays, la confiance traduit même l'idée du contrat et ne peut en être dissociée : Eiichi HOSHINO, «L'évolution du droit des contrats au Japon», dans Centre français de droit comparé, *Études de droit japonais*, Paris, Société de législation comparée, 1989, p. 403, aux pp. 409-410. Voir également, dans le même sens, Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, pp. 17-18.

<sup>152</sup> Jean-Michel SERVET, «Paroles données : le lien de confiance», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *À qui se fier? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 37, à la page 44.

partenaires reconnaissent qu'ils auront éventuellement à le compléter ou le réviser au gré des événements futurs et, à cet effet, qu'ils devront s'en remettre à leur bonne foi respective. La confiance, comme source de régulation, complète alors le contrat et permet aux parties d'en espérer une exécution conforme aux attentes exprimées ou même présumées. Cette conception est à ce point partagée chez les acteurs socio-économiques qu'on retrouve parfois dans les contrats une clause énonçant en termes exprès l'engagement des parties à faire preuve de coopération, de bonne foi et de loyauté dans le cours de leur relation<sup>153</sup>.

## **B. La confiance dans la relation conjugale**

Le couple, comme lieu d'échanges amoureux, constitue un foyer générateur de confiance<sup>154</sup>. Puisque l'amour engendre généralement la confiance<sup>155</sup> et que le couple est fondé sur l'amour<sup>156</sup>, il apparaît

---

<sup>153</sup> C'est d'ailleurs le cas des contrats japonais : Eiichi HOSHINO, «L'évolution du droit des contrats au Japon», dans Centre français de droit comparé, *Études de droit japonais*, Paris, Société de législation comparée, 1989, p. 403, à la page 409. Voir aussi Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 9.

<sup>154</sup> Alain Chirez écrit : «[...] la confiance constitue assurément une donnée importante de ce contrat bien particulier qu'est le mariage.» : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, pp. 140 et 224. À la page 257, l'auteur affirme que l'affection est un facteur important de confiance.

<sup>155</sup> Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 260. Voir aussi l'étude empirique réalisée par Robert E. LARZELERE et Ted L. HUSTON dans «The Dyadic Trust Scale : Toward Understanding Interpersonal Trust in Close Relationship», (1980)

difficile d'envisager l'établissement ou le maintien d'une relation conjugale sans confiance réciproque<sup>157</sup>. De nature strictement interpersonnelle, la confiance conjugale puise donc son unique source dans l'affection que se portent les conjoints<sup>158</sup>. Comme l'écrit Alain Chirez :

«La confiance trouve tout son souffle dans la relation affective elle-même. Cette dernière est une force suffisante qui oblige à respecter la parole donnée [...].»<sup>159</sup>

Sans doute, il fut un temps où l'institution du mariage était elle-même source de confiance. En effet, la stabilité qu'on reconnaissait

---

<sup>42</sup> *Journal of Marriage and the Family* 595, 596 et 599.

<sup>156</sup> *Supra*, section 1, chapitre 1, deuxième partie.

<sup>157</sup> Le législateur reconnaît d'ailleurs la place privilégiée qu'occupe la confiance au sein du couple en présumant, en maintes circonstances, de l'existence de mandat ou de délégation d'un conjoint à l'autre, sur la base de la confiance réciproque que ceux-ci doivent normalement entretenir. Ainsi, les mandats présumés dont jouit un époux dans l'exercice de l'autorité parentale et pour acquitter les besoins courants de la famille puisent une grande part de leur justification, à l'égard des tiers, dans la confiance conjugale : C.c.Q. art. 397 et 603. Voir également Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 140. Sur le caractère essentiel de la confiance dans la relation de couple, voir également Allan BLOOM, *L'amour et l'amitié*, traduit de l'américain par Pierre Manent, Paris, Éditions de Fallois, 1996, p. 561 et Nena O'NEILL et Georges O'NEILL, *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, p. 210.

<sup>158</sup> Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 254.

<sup>159</sup> Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 256.

au mariage et les effets en découlant étaient à même de conforter le sentiment de confiance des conjoints. Autrement dit, en acceptant de s'unir par les liens du mariage, les conjoints se reflétaient l'un à l'autre un sens aigu de l'engagement. Or, comme nous avons tenté de le démontrer dans le chapitre précédent, les fondements du mariage ont évolué au cours des dernières décennies et son caractère institutionnel s'est fortement dilué. L'affaiblissement du sentiment amoureux est susceptible d'en provoquer la rupture à tout moment. L'engagement matrimonial n'a donc plus la même signification et la même portée que par le passé<sup>160</sup>.

De la même manière que pour les partenaires d'affaires, la confiance semble constituer pour les conjoints une réponse psychologique aux risques et à l'incertitude. Rien ne peut leur garantir que l'union sera à la hauteur de leurs attentes respectives. Rien ne peut leur garantir qu'ils recevront autant qu'ils donneront. Sur la base de la confiance qu'ils nourrissent l'un à l'égard de l'autre, les conjoints acceptent donc d'assumer ce risque, consciemment ou inconsciemment<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Il faut néanmoins reconnaître qu'en comparaison à l'union de fait, le mariage symbolise encore pour plusieurs l'engagement conjugal par excellence, du moins lors de l'échange des consentements. Ainsi, Elizabeth S. Scott et Robert E. Scott écrivent : «Each party's willingness to make that investment understandably depends on trust that the partner generally can be relied upon to fulfill her end of the bargain. That trust is facilitated and reinforced by mutual commitment of marriage. A cohabitation relationship, in contrast, is understood to be a more limited undertaking» : Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1256.

<sup>161</sup> Voir Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, p. 383.

L'amour, source de confiance, leur permet de croire que leur engagement sera honoré et leurs attentes mutuellement respectées<sup>162</sup>.

Cela dit, de quelle façon la confiance se construit-elle au sein du couple? Quels sont les comportements susceptibles de contribuer au développement d'une relation de confiance réciproque? Dans son mémoire portant sur le climat de confiance chez le jeune couple, Carmen Sansregret-Scott propose d'analyser la question sous l'angle de la théorie des systèmes, en se rapportant aux trois niveaux d'analyse qu'implique cette théorie et qui sont susceptibles de rendre compte des modalités d'organisation du couple<sup>163</sup> : le niveau de «structure», référant aux composantes du couple, c'est-à-dire aux relations existant entre les deux conjoints ; le niveau d'«intégration», référant à l'entité qu'est le couple et à sa fonction et enfin, le niveau de «champ» référant aux relations

---

<sup>162</sup> Le climat de confiance est reconnu comme une caractéristique pouvant influencer la stabilité du couple : Carmen SANSREGRET-SCOTT, *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973, p. 6. Voir également Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 251 et Robert E. LARZELERE et Ted L. HUSTON, «The Dyadic Trust Scale : Toward Understanding Interpersonal Trust in Close Relationship», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 595. 597.

<sup>163</sup> Carmen SANSREGRET-SCOTT, *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973.

qu'entretiennent les conjoints avec l'environnement extérieur<sup>164</sup>.

Selon l'auteure, c'est la communication en tant que mode d'interaction et d'échanges entre les conjoints qui traduit le mieux le niveau de structure du couple. De là, celle-ci émet l'hypothèse selon laquelle un climat de confiance peut émerger entre les conjoints dans la mesure où leur communication est authentique et orientée vers la révélation de soi<sup>165</sup> :

« Cette capacité de communiquer de façon claire et correcte permet à la confiance de s'installer peu à peu. Étant donné que chaque personne peut saisir, comprendre l'autre à travers ce qu'il exprime parce qu'il le fait clairement, apparaît une zone de certitude entre les partenaires qui peut les aider à se fier l'un à l'autre. »<sup>166</sup>

Évidemment, cette considération prend toute son importance chez

---

<sup>164</sup> Carmen SANSREGRET-SCOTT. *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973, pp. 4-5.

<sup>165</sup> Carmen SANSREGRET-SCOTT. *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973, p. 28 et p. 70. Voir également, dans le même sens, Nena O'NEILL et Georges O'NEILL, *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, pp. 216-217. L'inverse serait également vrai : « [t]rust is a prerequisite for intimate self-disclosure in ongoing relationships. » : Robert E. LARZELERE et Ted L. HUSTON, « The Dyadic Trust Scale : Toward Understanding Interpersonal Trust in Close Relationship », (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 595, 601.

<sup>166</sup> Carmen SANSREGRET-SCOTT. *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973, p. 18.



les nouveaux couples où le facteur temps ne peut avoir le même impact que pour les couples de longue date. Pour permettre l'établissement d'un lien de confiance, les nouveaux conjoints doivent se révéler l'un à l'autre et se donner les moyens de connaître ce qu'ils sont foncièrement<sup>167</sup>.

Le couple est ensuite observé en tant qu'entité intégrée. Selon l'auteure, c'est l'activité sexuelle qui symbolise le mieux l'aspect groupal du couple ou son niveau d'intégration puisqu'elle nécessite une complémentarité telle que son échec ou son succès ne peut être attribué qu'à l'action conjointe des deux partenaires<sup>168</sup>.

L'auteure précise qu'une vie sexuelle satisfaisante est de nature à resserrer les liens entre les conjoints et partant, à consolider leur confiance mutuelle. Quelle est toutefois la contribution particulière que peuvent apporter les partenaires conjugaux dans l'atteinte de cet idéal? Encore une fois, il semble que la réponse réside dans leurs habilités communicatives :

«L'existence du climat de confiance chez les jeunes couples se manifeste par le fait que les partenaires des jeunes couples s'expriment mutuellement leur

---

<sup>167</sup> Carmen SANSREGRET-SCOTT. *Le climat de confiance chez le jeune couple*. mémoire de maîtrise. Montréal. Faculté des études supérieures. Université de Montréal. 1973, p. 23

<sup>168</sup> Carmen SANSREGRET-SCOTT. *Le climat de confiance chez le jeune couple*. mémoire de maîtrise. Montréal. Faculté des études supérieures. Université de Montréal. 1973, p. 30 et p. 35.

expérience réciproque de l'apprentissage commun qu'ils font de leurs rôles sexuels.»<sup>169</sup>

Enfin, le troisième palier d'analyse dit «de champ» réfère au niveau d'insertion sociale du couple et à la forme d'intégration qu'il entend réaliser dans son environnement immédiat. L'auteure choisit d'étudier la question sous l'angle de l'exclusivité, principalement axé sur les rapports sexuels. L'exclusivité totale est-elle de nature à accroître le degré de confiance entre les conjoints? À l'inverse, les échanges sexuels avec des tiers risquent-ils d'engendrer, à plus ou moins long terme, un climat de méfiance entre les conjoints?

Selon l'auteure, il n'y a pas de réponse unique. La confiance peut germer, quelle que soit l'entente prise par les conjoints, pour autant qu'une entente ait vraiment été convenue :

«Des options claires doivent être prises à cet effet par les membres du couple et la clarification des attentes personnelles doit déboucher sur un accord mutuel ou un désaccord bien identifié. [...] Or, c'est au moyen d'une communication franche et honnête que les partenaires pourront parvenir à voir clairement quelles sont leurs marges d'aspiration dans ce secteur. [...] L'accord entre les personnes devient la norme.»<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Carmen SANSREGRET-SCOTT, *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973, p. 50.

<sup>170</sup> Carmen SANSREGRET-SCOTT, *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973, p. 53.

On peut comprendre de l'étude réalisée par Carmen Sansregret-Scott que la confiance entre les conjoints repose sur deux idées maîtresses : la communication et l'accord. Évidemment, d'autres facteurs reliés aux caractéristiques personnelles et culturelles des partenaires et à leurs expériences passées respectives<sup>171</sup> peuvent avoir une influence directe sur le degré de confiance dans le couple. Il n'en demeure pas moins qu'on pourra difficilement établir une relation de confiance entre des personnes qui ne communiquent pas ou qui communiquent peu, quelque soit le mode utilisé, et qui par conséquent, sont peu susceptibles d'élaborer des ententes claires sur les enjeux fondamentaux de leurs échanges.

### **Conclusion du chapitre**

Tel qu'on aura pu le constater, la normativité conjugale est une question infiniment complexe. Ce chapitre aura tout de même permis, nous l'espérons, de clarifier certaines données.

D'abord, la religion et la parenté ne sont plus les sources normatives qu'elles étaient dans le passé. La plupart des conjoints n'orientent plus leurs comportements en fonction des préceptes religieux dominants. Quant à la parenté, son influence demeure, mais sous une forme complètement différente. Règle générale, les conjoints ne la perçoivent plus comme une autorité imposant ses conceptions, mais

---

<sup>171</sup> Par analogie avec le domaine des échanges commerciaux, voir Partha DASGUPTA. «Trust as a Commodity», dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 49, à la p. 65.

comme un réseau d'entraide respectueux de l'autonomie conjugale.

Le cadre législatif applicable aux conjoints est tout aussi présent que par le passé, mais son influence normative ne semble pas déterminante. Les normes de conduite imposées par le législateur traduisent peut-être la conception du mariage qu'entretient l'État, mais, selon toute vraisemblance, elles ne permettent pas à elles seules d'influencer ou d'orienter le comportement des conjoints durant leur relation.

Au-delà des sources normatives externes, nous avons tenté de démontrer que les rapports conjugaux s'articulent essentiellement autour d'une norme de réciprocité potentielle, bien que les couples se refusent généralement d'admettre toute logique marchande au sein de leur relation. La privatisation des rapports conjugaux et la précarité du lien conjugal semblent toutefois altérer l'efficacité d'une telle norme et rendre plus plausible l'application d'une norme de réciprocité immédiate, proche parent de l'échange contractuel.

Nous avons également tenté d'expliquer l'importance de la confiance comme mécanisme de régulation des rapports conjugaux, en nous inspirant des idées développées dans le domaine des relations d'affaires. Il semble que la confiance conjugale ne tire aujourd'hui sa source que dans le sentiment affectif que partagent les conjoints, alors qu'autrefois, le caractère institutionnel du mariage contribuait également à la consolider. Par ailleurs, deux ingrédients

contribueraient particulièrement au développement de la confiance entre conjoints, soit la qualité de leur communication et leur capacité de conclure des accords.

Bref, la réalité normative de la relation conjugale a bien changé au cours des quarante dernières années. Vu le relâchement des sources normatives externes, c'est avant tout dans la dynamique interne des rapports entre conjoints qu'on peut désormais comprendre la normativité conjugale, bien que cette dynamique soit elle-même en constante évolution.

## **CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE**

L'ordre privé du mariage a grandement évolué au cours des quarante dernières années. La partie qui s'achève aura permis de constater les différences fondamentales qui distinguent la relation conjugale contemporaine de la relation conjugale traditionnelle. Le cadre uniforme que constituait jadis le mariage a été remplacé par autant de modèles susceptibles de refléter la diversité des valeurs conjugales véhiculées et l'aspiration des conjoints à une plus grande autonomie.

Soit, plusieurs des différences signalées pouvaient être décelées à partir de nos convictions et impressions personnelles. Cependant, les convictions et impressions ne sont pas suffisantes pour asseoir une thèse sur des bases solides et objectives. Une étude sociologique et psycho-sociologique de la relation conjugale s'avérait donc nécessaire et justifiée.

Cela dit, il convient d'aller au-delà des simples constats. L'évolution décisive de la relation conjugale peut, à notre avis, justifier certaines remises en question et plus précisément, susciter des idées et des perspectives qu'on s'est traditionnellement refusé

d'envisager, en raison de conceptions qu'on croyait immuables. C'est ce que nous tenterons de démontrer dans la troisième partie. En somme l'étude n'avait d'autre but que de préparer le terrain aux réflexions que nous nous apprêtons maintenant à développer.





**ALAIN ROY**

**LA RÉGULATION CONTRACTUELLE DU MARIAGE :  
APPROCHE SOCIO-JURIDIQUE POUR UNE RÉFORME**

**Tome II**

**Thèse  
présentée  
à la Faculté des études supérieures  
de l'Université Laval  
pour l'obtention  
du grade de Docteur en droit (LL.D.)**

**FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ LAVAL  
QUÉBEC**

**FÉVRIER 2001**

**© Alain Roy, 2001**

## **TROISIEME PARTIE**

### **LE CONTRAT CONJUGAL : SOURCE D'UNE NOUVELLE NORMATIVITÉ DU COUPLE**

Association entre deux personnes, le mariage nécessite indubitablement des balises pour fonctionner adéquatement<sup>1</sup>. Sans un encadrement minimum, implicite ou explicite, le couple parviendra difficilement à se maintenir et à s'épanouir<sup>2</sup>. Or, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, le couple se caractérise actuellement par son instabilité.

Sur la base d'un tel constat, il est certainement légitime de s'interroger sur l'efficacité ou la suffisance des sources normatives de la relation conjugale. De nouveaux modèles d'organisation ou systèmes normatifs respectant non seulement les exigences sociales, mais également les valeurs conjugales et les besoins particuliers des conjoints révélés par le nouvel ordre privé du

---

<sup>1</sup> Voir les propos des anthropologues américains Nena O'NEILL et Georges O'NEILL, *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, aux pages 17-18.

<sup>2</sup> «A relationship system cannot grow and evolve without some kind of pattern or theme to structure interactions and expectations.» : David J. ROLFE, «Pre-Marriage Contracts : An Aid to Couples Living with Parents», (1977) 26 *The Family Coordinator* 281, 284.

mariage se doivent d'être envisagés. À cet égard, le contrat, en tant que mode de régulation privée et explicite, semble représenter une voie de recherche fort intéressante.

Dans le premier chapitre, nous nous interrogerons sur la faisabilité pratique de la régulation contractuelle de la relation conjugale<sup>3</sup>. De manière concrète, nous identifierons les objections traditionnellement invoquées à l'encontre d'une telle hypothèse et nous demanderons en quoi ces objections apparaissent réellement fondées. En somme, il s'agira de déterminer si le contrat peut être perçu, par les conjoints d'aujourd'hui, comme une réponse adéquate et objectivement compatible avec leur dynamique et leur normativité.

Dans le second chapitre, nous nous pencherons sur la question de la légitimité de la régulation contractuelle de la relation conjugale, et ce, au plan de la morale matrimoniale, de la justice matrimoniale et de l'organisation des rapports économiques qu'entretiennent les conjoints. Pour chacun de ces trois niveaux d'enjeu, nous nous demanderons en quoi le contrat pourrait constituer un mode de

---

<sup>3</sup> «Régulation contractuelle» est la traduction française que nous retenons des termes «Contractual ordering» utilisés principalement dans la littérature américaine. Voir par exemple Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204. Dans une perspective plus générale de théorie et de sociologie du droit, on peut définir la régulation comme étant «[...] une oeuvre de stabilisation et pérennisation, passant par la réalisation de régularités mais aussi d'amendements, à laquelle concourent divers procédés.» : Antoine JEANMMAUD, «Introduction à la sémantique de la régulation juridique», dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris. L.G.D.J., 1998, p. 47. à la page 55.

régulation socialement adapté. Alors que le premier chapitre mesurera la compatibilité du contrat avec l'ordre privé du couple, il s'agira ici d'en mesurer la compatibilité avec l'ordre public du mariage. À l'appui de notre hypothèse, nous résumerons également les approches théoriques susceptibles de soutenir la rationalité contractuelle du mariage aux plans socio-culturel et économique.

Enfin, dans un troisième et dernier chapitre, nous nous attarderons à l'encadrement professionnel du contrat conjugal tel que nous l'envisageons, en nous intéressant au type d'intervention et de soutien professionnels qu'exigerait son élaboration.

## **CHAPITRE I**

### **LA FAISABILITÉ PRATIQUE DU CONTRAT CONJUGAL : ANALYSE DES OBJECTIONS TRADITIONNELLEMENT INVOQUÉES**

Les objections invoquées à l'encontre de la faisabilité de la régulation contractuelle de la relation conjugale sont de deux ordres. Il y a d'abord celles fondées sur une conception traditionnelle du couple (section 1), puis celles fondées sur une conception classique du contrat (section 2). Nous analyserons la portée de chacune des objections soulevées et tenterons de démontrer que l'évolution de la réalité conjugale, d'une part, et des conceptions théoriques du contrat, d'autre part, permettent d'en disposer ou à tout le moins, d'en amoindrir considérablement la valeur.

#### **SECTION 1 : LES OBJECTIONS FONDÉES SUR UNE CONCEPTION TRADITIONNELLE DU COUPLE**

##### **§ 1 Le couple forme une entité et ne saurait ainsi être le lieu d'un contrat**

Qu'est-ce qu'un couple? À cette question en apparence simpliste, on répondra sans détour qu'il s'agit de l'union de deux personnes engagées dans un projet de vie commune. Fondamentalement, on

conçoit le couple comme la somme des individus qui le composent.

Si cette conception nous apparaît aujourd'hui évidente, il n'en a pas toujours été ainsi. Longtemps, le couple fut socialement et moralement conçu comme une entité distincte, administrée et représentée par le mari. Beaucoup plus qu'un simple mode de vie, le mariage constituait un puissant système d'intégration où chaque partenaire sacrifiait son individualité propre au profit de l'entité conjugale.

Dans une telle perspective, on peut comprendre l'objection conceptuelle jadis entretenue quant à la faisabilité ou la pertinence de rapports contractuels entre les époux. Les personnalités étant symboliquement absorbées ou fusionnées à l'intérieur du couple-entité, comment aurait-on pu envisager la possibilité d'interactions contractuelles entre eux? En ce sens, la professeure Marjorie Maguire Shultz écrit :

«More important, any notion of bargaining, exchange, or negotiation within a marriage-as-unit would be anomalous and perhaps even offensive as a matter policy.»<sup>1</sup>

Certes, le législateur québécois n'a jamais formellement enchâssé

---

<sup>1</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204. Dans le même esprit, rappelons les propos du doyen Gérard Cornu : «si les époux ne font plus qu'un, tout contrat entre époux tend à l'absurdité du contrat avec soi-même, avec un autre soi-même» : Gérard CORNU, «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461, 463.

cette conception du couple dans un texte de loi<sup>2</sup>. Toutefois, d'anciennes dispositions législatives laissent croire qu'il en a longtemps cautionné le bien-fondé. On n'a qu'à penser à la coutume suivant laquelle la femme mariée prenait autrefois le nom de son mari. On peut également référer à la règle établissant jadis le domicile conjugal à l'endroit choisi par le mari<sup>3</sup>. N'était-ce pas là une façon de nier les individualités et de reconnaître indirectement la fusion opérée par le mariage? En réalité, le nom et le domicile n'étaient pas des attributs individuels, mais des attributs conjugaux<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Louis MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 54. Au contraire, la Coutume de Paris reconnaissait la théorie de l'*unitas carnis* : DUMOULIN, *Commentaires*, Paris, 1681, sous l'article 156, no 5, cité par Louis MARCEAU dans *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960, p. 44. La common law était au même effet : «[b]y marriage, the husband and wife are one person in law.» : William BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 2, traduit de l'anglais par N.M. Chompré, Paris, Bossange, 1822, p. 215. Au Canada anglais, la Cour suprême a d'ailleurs reconnu ce principe dans l'affaire *Kowbel c. R.* [1954] R.C.S. 498. En France et dans les pays de common law, le refus de concevoir la possibilité de rapports contractuels entre les conjoints bénéficiait donc d'assises légales formelles : «[s]ince two legal entities are necessary to make a contract, the concept of marital unity rendered contracting between husband and wife a legal impossibility.» : Margaret SOKOLOV, «Marriage Contracts for Support and Services : Constitutionality Begins at Home», (1974) 49 *Harvard Law Review* 1161, 1166. Au même effet, Lenore J. Weitzman écrit : «[a] contract between a husband and a wife was regarded as an impossibility in common law because husband and wife were considered to be a single entity and the law did not recognize one-party contracts.» : Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 338.

<sup>3</sup> *Supra*, §1, section 1, chapitre 1, partie 1.

<sup>4</sup> Au sujet du domicile, Lenore J. Weitzman écrit : «[t]he traditional legal rule that forces a wife to take her husband's domicile was derived from the common law doctrine of coverture - and accompanying notion of single identity and unity of husband and wife.» : Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New

En outre, on se souviendra qu'avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970, le législateur n'acceptait de reconnaître la validité d'un contrat de mariage que s'il précédait la célébration du mariage. Une fois mariés, les époux ne pouvaient plus faire de nouvelles conventions matrimoniales ou changer celles intervenues avant le mariage<sup>5</sup>. Qui plus est, les anciens articles 1265 et 1483 du Code civil interdisaient aux époux de passer entre eux des contrats de donation entre vifs et des contrats de vente<sup>6</sup>. Malgré les nombreuses interprétations véhiculées quant aux fondements véritables et à l'étendue de ces prohibitions, celles-ci ont longtemps contribué à consolider la perception du couple-entité, dont les composantes ne pouvaient valablement interagir l'une à l'égard de l'autre.

Évidemment, les conclusions se modifient radicalement lorsqu'on reconnaît la dualité du couple. Aujourd'hui, les conjoints ne sont plus de simples composantes d'un système, mais des personnes à part entière réunies pour les fins d'un projet de vie commune. Comme l'a spécifié la Cour suprême des États-Unis au début des années '70 :

«Yet the marital couple is not an independant entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals with a separate intellectual and emotional

---

York, Free Press, 1981, p. 16. Voir aussi ce qu'écrit l'auteur à la page 21.

<sup>5</sup> *Supra*, section 1, chapitre 3, partie 1.

<sup>6</sup> *Supra*, section 2, chapitre 3, partie 1.



make-up.»<sup>7</sup>

En somme, la conception du couple contemporain est tributaire des fondements qu'on lui attribue. Comme nous l'avons exposé dans la seconde partie, le fondement du couple d'aujourd'hui correspond au bonheur que chaque conjoint recherche à travers l'autre, à la gratification dont ils ont tous deux besoin pour s'épanouir, à la découverte de leur identité respective et à la réalisation de leurs attentes mutuelles. Alors qu'hier, la priorité allait à l'institution et aux impératifs en résultant, la satisfaction des besoins personnels, affectifs et sexuels des conjoints occupe désormais le premier rang. Ainsi, le couple n'existe que dans la mesure où il peut servir la cause individuelle des conjoints et non plus l'inverse<sup>8</sup>.

Au plan juridique, on semble avoir tourné la page sur la conception unitaire du couple. Il suffit de référer aux modifications apportées à la législation au cours des dernières décennies pour s'en convaincre. Les prohibitions légales de contracter auxquelles les conjoints étaient assujettis appartiennent définitivement au passé. L'interdiction de faire des conventions matrimoniales durant le

---

<sup>7</sup> *Eisenstadt c. Baird*, (1972) 405 U.S. 438, 453 (cité dans Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 276). Au même effet, le doyen Carbonnier écrivait en 1969 : «[...] l'unité du mariage [...] n'est plus entendue aujourd'hui comme une absorption, une fusion des personnalités.» : Jean CARBONNIER tel que le rapporte Alain BÉNABENT, «La liberté individuelle et le mariage», (1973) 71 *Rev. tr. dr. civ.* 441, 481.

<sup>8</sup> «Au lieu que ce soit l'individu qui appartienne à une famille, c'est la famille qui devient au service de l'individu.» : Alain BÉNABENT, «La liberté individuelle et le mariage», (1973) 71 *Rev. tr. dr. civ.* 441, 495.

mariage a également été levée. Par ailleurs, depuis l'introduction du régime primaire, le nom et le domicile sont devenus des attributs individuels. Toute personne conserve sa vie durant les noms et prénoms qui lui ont été attribués dans son acte de naissance, indépendamment de son état civil. Libre à elle d'établir son domicile là où elle l'entend, même en mariage<sup>9</sup>. Enfin, les conjoints qui souhaitent se séparer ou divorcer ont depuis quelques années le droit de soumettre au tribunal un projet d'accord réglant l'ensemble des conséquences de leur rupture<sup>10</sup>. Fournir une telle option aux conjoints, c'est reconnaître implicitement leur individualité respective.

Face à cette nouvelle conception du couple, l'approche contractuelle en matière conjugale cesse d'être considérée comme une hérésie. De prime abord, deux individus sont en mesure d'interagir l'un par

---

<sup>9</sup> En outre, sous réserve de certaines règles en matière de vol, de complicité et de preuve, le droit criminel envisage désormais les conjoints comme deux personnes à part entière assumant la responsabilité découlant de leurs actes respectifs. Auparavant, une femme ne pouvait être inculpée d'un crime commis conjointement avec son mari ou simplement en sa présence. Seul le mari était susceptible d'encourir une responsabilité pénale. En niant la responsabilité de la femme mariée, on niait du même coup son individualité. Par ailleurs, on a longtemps refusé de considérer le viol de la femme par son mari comme un acte criminel. Le couple étant une entité, les conjoints n'auraient pu valablement encourir de responsabilité individuelle l'un à l'égard de l'autre. *Kowbel c. La Reine*, [1954] R.C.S. 498. En France, certains invoquaient également l'obligation des conjoints de faire vie commune et donc, d'entretenir des rapports sexuels, pour justifier l'absence de responsabilité pénale du mari suite au viol de sa femme : Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, pp. 164-165. Voir également *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 671-675, où la Cour suprême a clairement relégué la conception unitaire du couple au musée de l'histoire du droit.

<sup>10</sup> C.c.Q., art. 495 et 517.

rapport à l'autre, qu'ils soient unis pour les fins d'un projet de vie commune ne devrait rien y changer<sup>11</sup>.

## **§ 2 Les conjoints ne sont pas égaux, ce qui empêche l'expression de consentements libres**

En principe, le contrat n'est possible qu'en présence de parties en position d'équilibre ou de relative égalité l'une par rapport à l'autre. Certes, l'équilibre exigé n'a pas à être parfait, mais il doit exister à un degré acceptable. En fait, la validité d'un contrat exige la possibilité réelle pour chaque partenaire d'exercer librement des choix et des options, sans être entièrement assujetti à l'autorité ou au pouvoir de l'autre<sup>12</sup>. Lenore J. Weitzman observe :

«A contract is based on the premise of equality, for it requires the voluntary consent of two independent parties. Each must have a say in the drafting of provisions and each must freely consent to be bound by them. Neither party can unilaterally impose a provision on the other ; the second party's acquiescence is always

---

<sup>11</sup> En ce sens, Marjorie Maguire Shultz observe : «[i]f, however, a marriage is seen as consisting of two independant individuals, then bargain and exchange within the relationship becomes possible, just as it is already possible for married individuals to conduct separate legal relations with third parties.» : Marjorie MAGUIRE SHULTZ. «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 277.

<sup>12</sup> Voir d'ailleurs l'article 1399 C.c.Q. Voir également Alain RENAUT, «Qu'est-ce qu'un contrat», (1992) 19 *Informations sociales* 10, 17 et Pierre JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1962, pp. 36-37.

necessary.»<sup>13</sup>

Il ressort des analyses effectuées dans la partie précédente que la répartition du pouvoir conjugal, dans un contexte occidental, est étroitement liée au degré de dépendance existant entre les conjoints. Plus un conjoint est dépendant de l'autre, plus faible serait son pouvoir décisionnel dans le couple<sup>14</sup>.

Selon les théories dominantes, la dépendance s'apprécie essentiellement en fonction des ressources économiques et professionnelles possédées par chacun des conjoints et des alternatives réelles à la situation matrimoniale. Plus les ressources possédées par un conjoint sont nombreuses, plus grand serait son pouvoir relatif dans le couple. Parallèlement, si les alternatives à la relation conjugale sont inexistantes ou inaccessibles, la dépendance d'un conjoint devrait s'accroître et son pouvoir décisionnel diminuer.

Or, on sait qu'autrefois, seul le mari était en mesure d'acquérir un statut professionnel et d'accumuler des ressources socio-économiques. Par ailleurs, le mariage était permanent et constituait le seul mode d'organisation des rapports conjugaux avalisé par la société. Le divorce n'était admis que dans des circonstances exceptionnelles et la séparation était socialement condamnée. Les

---

<sup>13</sup> Lenore J. WEITZMAN. *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 231.

<sup>14</sup> *Supra*, section 3, chapitre 1, partie 2.

alternatives à la relation conjugale étaient donc, à toutes fins utiles, inexistantes, ce qui contribuait à rendre la femme mariée encore plus dépendante de son mari. Sans contredit, cette dépendance privait la femme de pouvoir et d'autorité, du moins dans les sphères de décisions les plus importantes de la vie conjugale.

Au plan juridique, le législateur consacrait l'état d'assujettissement de la femme mariée de différentes façons. Nous ne voulons pas reprendre ici les développements présentés dans la première partie, mais qu'il nous soit permis de rappeler certains principes fondamentaux.

Jusqu'en 1964, le Code civil subordonnait formellement la femme mariée à l'autorité de son mari. Celle-ci était également privée de toute capacité contractuelle, à moins d'avoir reçu l'autorisation de son mari. Sur le plan patrimonial, le mari était consacré chef du régime légal de la communauté de biens. En somme, le législateur attribuait au mari l'autorité formelle du couple et de la famille<sup>15</sup>.

Dans un contexte semblable, il aurait été impensable d'envisager la relation conjugale sous l'angle du contrat. L'état d'assujettissement de la femme mariée, ou en d'autres termes l'inégalité structurelle des rapports conjugaux, suffisait à évacuer toute forme d'approche

---

<sup>15</sup> *Supra*, §1, section 1, chapitre 1, partie 1. Comme nous l'avons déjà souligné, l'état d'assujettissement de la femme apparaissait, pour certains, comme étant l'un des fondements du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et des prohibitions légales de contracter.

ou d'ordonnancement contractuel<sup>16</sup>.

À l'inverse, le couple d'aujourd'hui tend manifestement vers l'égalité. Le mariage présente une répartition du pouvoir de plus en plus égalitaire. Les femmes ne sont plus restreintes à l'entretien du foyer et l'éducation des enfants. Elles ont maintenant le contrôle de leur fertilité et sont de plus en plus nombreuses à occuper des charges rémunérées et à accumuler des ressources professionnelles et économiques.

Également, les conjoints disposent maintenant d'alternatives à l'engagement matrimonial. Le mariage n'a plus le caractère de stabilité et de permanence qui le caractérisait dans le passé. Aujourd'hui, le divorce, la cohabitation, le célibat et le monoparentalisme sont des options socialement et juridiquement disponibles. Un conjoint qui ne se satisfait plus du cadre conjugal a donc la possibilité d'en sortir.

La philosophie égalitaire trouve aussi d'importantes assises dans les fondements du couple contemporain. Sans contredit, la satisfaction des besoins personnels, affectifs et sexuels des conjoints ne saurait s'accommoder d'un climat d'inégalité. Comme

---

<sup>16</sup> «At one time the prevailing theory that God intended man to have dominion over his wife precluded any marital contracting, which would have divided family control and responsibility.»: Margaret SOKOLOV. «Marriage Contracts for Support and Services : Constitutionality Begins at Home». (1974) 49 *Harvard Law Review* 1161. 1166. Voir également Pierre JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 7 et suiv.

l'écrit Lenore J. Weitzman :

«[...] the emotional interdependence of family members has increased, and these emotional and psychological needs would appear to be better met in more egalitarian relationships.»<sup>17</sup>

Par ailleurs, l'égalité des sexes a été élevée au rang de norme sociale et juridique fondamentale<sup>18</sup>. Tous ont droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur le sexe<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 176.

<sup>18</sup> Il faut toutefois noter que, malgré l'émergence d'une telle norme, certains considèrent le rapport entre maris et femmes comme étant profondément et systématiquement inégalitaire. Ainsi, France Olsen écrit : «[t]he husband and wife are treated as if they were equal bargaining partners, even though women are in fact systematically subordinated to men.» France OLSEN, «The Family and the Market : A Study of Ideology and Legal Reform», (1983) 96 *Harvard Law Review* 1497, 1537. Au même effet, Marcia Neave observe : «[a]lthough women have now achieve formal equality with men, they are still unequal in social, economic, and political terms.» : Marcia NEAVE, «Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of "The Role of Private Ordering in Family Law"», (1994) 44 *University of Toronto Law Journal* 97, 129. Penelope Eileen Bryan écrit quant à elle : «I also reject the conception of wives as formal equals to their husbands. [...]. Rather, I simply recognize that many women's socialized subordination to male dominance discourages them from acting in their own interest» : Penelope EILEEN BRYAN, «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion», (1999) 47 *Buffalo Law Review* 1153, 1171, 1172. Voir également Amy L. WAX, «Bargaining in the Shadow of the Market : Is There a Future for Egalitarian Marriage?», (1998) 84 *Va. L. Rev.* 509.

<sup>19</sup> Voir *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10.

De façon toute particulière, l'État s'est efforcé de recentrer l'ensemble du droit de la famille autour du principe d'égalité. L'égalité des conjoints est désormais consacrée en toutes lettres dans la *Charte québécoise des droits et libertés* et dans le *Code civil*<sup>20</sup>. Toutes les dispositions législatives qui touchent de près ou de loin aux rapports conjugaux ont été revues et sont désormais interprétées à la lumière de l'égalité sexuelle<sup>21</sup>. Parlant du droit français dont l'évolution peut se comparer au droit québécois, le professeur Guy Raymond observe : «[i]l n'y a plus de trace de subordination entre les époux, mais passage de l'obéissance et de la domination à l'égalité et à la liberté».<sup>22</sup>

Or, en présence de partenaires structurellement et institutionnellement égaux, l'approche contractuelle de la relation conjugale devient une option tout à fait réaliste<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 47 et C.c.Q., art. 392. *Supra*, §1, section 1, chapitre 1, partie 1.

<sup>21</sup> À titre d'exemple, on peut référer à l'établissement du régime légal de la société d'acquêts le 1<sup>er</sup> juillet 1970. Ce régime matrimonial postule l'égalité des conjoints et leur reconnaît une autonomie presque totale. Pour une étude sommaire des fondements de ce régime, voir Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice : un juste sujet de s'alarmer». (1988) 22 *R.J.T.* 149, 158.

<sup>22</sup> Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 117.

<sup>23</sup> On peut ici faire un parallèle intéressant avec l'étude historique réalisée par Pierre Julien sur les contrats entre époux. L'auteur identifie différentes périodes dans l'histoire romaine et française où les pratiques contractuelles entre époux ont été soit jugées incompatibles avec l'esprit du mariage, soit permises et répandues. L'auteur analyse ensuite les caractéristiques des rapports conjugaux pour chacune des périodes relevées.



Évidemment, pour toutes sortes de raisons, certains conjoints jouissent encore aujourd'hui d'un pouvoir plus grand que leur partenaire, rendant l'équilibre requis plus fragile. Plusieurs relations sont même marquées par le déséquilibre et l'inégalité<sup>24</sup>. Au-delà des énoncés théoriques et des modèles, certaines inégalités

---

Aux premières correspondent des rapports conjugaux marqués par la dépendance et la soumission de la femme à l'égard du mari. Aux secondes, on associera plutôt des rapports dénotant une certaine forme d'indépendance ou d'autonomie chez les conjoints : Pierre JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1962, pp. 11-15. Voir également Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 25.

<sup>24</sup> Certains affirment que l'approche contractuelle de la relation conjugale aurait pour effet d'accentuer les inégalités existantes : France OLSEN, «The Family and the Market : A Study of Ideology and Legal Reform», (1983) 96 *Harvard Law Review* 1497, 1537-1538 ; David McLELLAN, «Contract Marriage - The Way Forward or Dead End?», (1996) 23 *Journal of Law and Society* 234, 239 et Marcia NEAVE, «Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of "The Role of Private Ordering in Family Law"», (1994) 44 *University of Toronto Law Journal* 97, 110 et suiv., particulièrement aux page 123 et 129. En ce sens, voir également Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Éditions Bayard, 1999, p. 91. D'autres estiment au contraire qu'une telle approche permettrait d'atténuer de telles inégalités. Selon Amy L. Wax, les femmes auraient tout avantage à établir leurs obligations matrimoniales (et leurs droits) dans un contrat intervenant au début de la relation, alors qu'elles sont jeunes et que leur «bargaining power» est plus élevé en raison du plus grand nombre d'alternatives auxquelles elles peuvent encore prétendre. En fait, cette auteure prétend que le pouvoir décisif de la femme décroît à mesure qu'elle vieillit, d'où l'intérêt de signer un contrat de mariage dès le début de la relation : Amy L. WAX, «Bargaining in the Shadow of the Market: Is There a Future for Egalitarian Marriage?», (1998) 84 *Va. L. Rev.* 509, 648-652. Au même effet, voir Eric RASMUSEN et Jeffrey EVANS STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance : Personalizing the Marriage Contract», (1998) 73 *Indiana Law Journal* 453, 473-474. D'autres encore refusent l'une ou l'autre des conséquences. Ainsi, Elizabeth Kingdom affirme-t-elle : «[...] there is no obvious connection between the use of cohabitation [or marriage] contracts and the promotion of equality -or inequality- in cohabitation relationships [or marriage].» : Elizabeth KINGDOM, «Cohabitation Contracts and Equality», (1990) 18 *International Journal of Sociology* 287, 288.

de fait perdurent donc toujours entre mari et femme<sup>25</sup>.

Similairement, il arrive souvent qu'une partie à un contrat civil ou commercial exerce moins de pouvoir que l'autre partie ou soit placée dans une situation de dépendance ou de subordination vis-à-vis elle<sup>26</sup>. Le législateur reconnaît ces réalités et tente parfois, par différents moyens, de protéger la partie soi-disant faible<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> «Aujourd'hui, la femme est un individu, comme l'homme, puisqu'il n'y a plus de différence inscrite dans la loi entre un homme et une femme en matière de droits. Ce qui est extrêmement récent : moins de 20 ans. Pourtant, dans l'application de ces droits, les situations inégalitaires sont légion. On peut imputer cette résistance à l'action de réflexes passésistes qui ne seraient bientôt qu'un mauvais souvenir. C'est ce qu'aiment à penser plusieurs jeunes femmes d'aujourd'hui, et même beaucoup d'hommes de leur âge. Il est incontestable que l'égalisation réelle qui s'est produite entre homme et femme ces deux dernières décennies est inouïe au regard de l'histoire. Il est possible qu'elle se poursuive jusqu'à devenir complète» : Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995, p. 217.

<sup>26</sup> D'ailleurs, dans la réalité de tous les jours, écrivent Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, les contractants, quels qu'ils soient, ne sont presque jamais à égalité : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 104. Dans le même sens, Pierre Julien ajoute : «[e]n fait, il est bien rare qu'une égalité rigoureuse soit l'apanage de tous les cocontractants au moment où ils passent un contrat. Une certaine inégalité existe, le plus souvent, entre eux, en raison de causes très diverses pouvant tenir, par exemple, à la puissance respective de leurs facultés intellectuelles, économiques ou autres.» : Pierre JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 37. Dans les échanges entre partenaires d'affaires, nombreux sont les cas qui révèlent une situation de dépendance ou d'inégalité économique : Georges VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, L.G.D.J., 1986.

<sup>27</sup> On a qu'à penser aux règles relatives à la protection du consommateur ou à la vente d'un immeuble par le constructeur. L'imposition de la forme notariée constitue une autre façon d'éviter les abus susceptibles de se produire en présence de parties en position d'inégalité potentielle. En tant qu'officier public impartial, le notaire doit en principe refuser de recevoir un contrat lésionnaire. On peut également penser aux principes de la bonne foi et de l'abus de droit qui sont enchâssés dans le Code civil. Ces principes mettent un frein au capitalisme excessif sur la base duquel une partie pourrait tenter

Néanmoins, il ne nie pas pour autant la possibilité de rapports contractuels en la matière.

À notre avis, l'obstacle à l'approche contractuelle ne se situe pas dans l'inévitable déséquilibre factuel qui caractérise l'ensemble des rapports sociaux, mais dans l'inégalité ou la dépendance socialement et juridiquement institutionnalisée, comme celle qui prévalait jadis en matière conjugale<sup>28</sup>.

En d'autres termes, c'est sur une base normative et non pas factuelle qu'on doit envisager la faisabilité de l'approche contractuelle du mariage. Ce n'est pas l'égalité en tant que fait, mais en tant que principe, valeur ou norme qui importe.

Un récent jugement de la Cour Suprême du Canada peut servir à illustrer notre propos. Dans l'arrêt *Thompson Newspapers c. Canada (P.G.)*<sup>29</sup>, la Cour devait décider de la constitutionnalité d'une disposition législative interdisant la publication de sondages politiques dans les trois jours précédant la tenue d'une élection. Il semble que par cette disposition, le législateur poursuivait

---

d'exploiter l'autre. Voir à ce sujet les observations du professeur MacDonald dans Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 28-29. Pour une critique de certains moyens mis en place par l'État, voir Danielle BURMAN, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité», (1990) 24 *R.J.T.* 461.

<sup>28</sup> Irène Théry emploie les termes «inégalité naturelle inhérente à la famille» pour décrire cette réalité d'antan : Irène THÉRY, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 62.

<sup>29</sup> [1998] 1 R.C.S. 877.

plusieurs objectifs, dont celui de mettre l'électeur à l'abris d'informations susceptibles de le confondre à quelques jours du scrutin.

Au nom de la majorité, le juge Bastarache s'est dit incapable de justifier la règle législative sur la base d'un tel objectif. À ses dires, on se doit de présumer que les électeurs canadiens sont suffisamment intelligents et matures pour disposer de toutes les informations disponibles et pour en faire usage avec discernement :

«Il faut présumer aux électeurs canadiens un certain degré de maturité et d'intelligence. Ils ont le droit de tenir compte des résultats de sondages pour voter d'une manière stratégique»<sup>30</sup>.

Le juge Bastarache ne s'est pas appuyé sur une étude empirique évaluant le niveau de discernement des électeurs canadiens pour avancer une telle affirmation. Son affirmation relevait davantage des principes et des valeurs fondamentales dont le législateur doit prendre acte que des faits. Puisqu'au Canada comme dans les autres pays démocratiques, l'électeur doit être abordé comme un être animé de discernement, le législateur doit être conséquent et ne pas le brimer indûment en le privant d'informations susceptibles d'orienter son vote. Que tous et chacun ne disposent pas de cette capacité ne devrait rien changer au principe. Comme l'explique le juge Thomas A. Cromwell dans un commentaire:

---

<sup>30</sup> *Thompson Newspapers c. Canada* (P.G.), [1998] 1 R.C.S. 877, 949.

«This assessment of the capacities and characteristics of voters seems to me more a necessary assumption in a democracy than an assertion of empirical fact. The point is perhaps not so much that all voters possess these characteristics as that in a democracy, all voters should be treated as if they did. It is a statement about values, not about facts»<sup>31</sup>.

À notre avis, la question de l'égalité des époux devrait être abordée de la même façon. Bien qu'on puisse considérer qu'au plan factuel, l'idéal d'égalité n'est pas toujours atteint, c'est davantage sur la base de la norme et de la valeur juridiques et sociales qu'est devenue l'égalité des sexes et particulièrement, l'égalité entre mari et femme, qu'on doit répondre à l'objection préalablement soulevée.

**§ 3 La réalité du couple, fondée sur le don, est incompatible avec le processus de négociation explicite et la logique marchande à la base du contrat**

Système d'ajustement réciproque fondé sur le consentement, le contrat se veut généralement l'aboutissement d'un processus de négociation entre les parties concernées.

Certes, il n'est pas de l'essence du contrat d'être précédé de négociations. Ainsi, le contrat dit d'adhésion demeure un contrat au sens juridique, même si son contenu est, pour l'essentiel, dicté et

---

<sup>31</sup> Thomas A. CROMWELL, «Judicial Notice of Fact», Mai 2000 (texte inédit).

imposé par l'une des parties à l'acte<sup>32</sup>. Convenons néanmoins que le contrat d'adhésion n'est qu'un pâle dérivé du contrat classique. En somme, contrat et négociation sont si étroitement liés qu'on a peine à les envisager comme des concepts indépendants et autonomes. On les conçoit davantage comme des étapes complémentaires.

Les développements présentés dans la deuxième partie nous ont permis de constater que la relation conjugale traditionnelle laissait peu de place à la négociation. En se mariant, les conjoints acceptaient de se soumettre au cadre balisé par la religion, la famille et la communauté d'appartenance. Pendant longtemps, ils ne disposèrent que de peu de latitude dans l'organisation de leur vie matrimoniale. La procréation constituait l'objectif premier de tout mariage, tandis que les rôles conjugaux étaient systématiquement distribués en fonction du sexe. Dans la majorité des cas, seule la décision de se marier et le choix du conjoint étaient laissés à la discrétion des intéressés<sup>33</sup>.

Par ailleurs, on se refusa longtemps de voir dans le mariage autre chose qu'une relation de dons mutuels. Le mariage, on s'en

---

<sup>32</sup> Françoise MONEGER, «Le concept juridique», (1992) 19 *Informations sociales* 19, 21-22. Voir également C.c.Q., art. 1379.

<sup>33</sup> Et encore là, on ne peut pas vraiment dire qu'il s'agissait d'une liberté absolue. Des restrictions légales étaient et sont toujours applicables quant au sexe, à l'âge et à la consanguinité du conjoint.

souviendra, était symbole de gratuité<sup>34</sup>. Les notions d'échanges et de calculs rationnels étaient complètement ignorées, voire même niées, par les principaux intéressés et par l'ensemble des acteurs sociaux. Procédant d'une démarche rationnelle basée sur l'échange, la négociation n'était guère compatible avec l'économie officielle du mariage. Dans cette perspective, la régulation contractuelle de la relation conjugale n'aurait pu valablement être envisagée.

Bien que l'on ait souvent tendance à réserver l'emploi du terme «négociation» pour les relations de type commercial, on sait qu'aujourd'hui, toutes les interactions humaines sont basées sur une dynamique de négociation. La relation conjugale contemporaine ne fait pas exception à la règle. Les objectifs du mariage, de même que les rôles conjugaux, ne sont plus prédéterminés. Ils sont interchangeableables et sont susceptibles d'être négociés par les conjoints, sur la base de considérations personnelles et économiques.

En outre, les recherches psycho-sociologiques réalisées au cours des dernières années ont démontré qu'une vision idyllique du mariage strictement fondée sur le don de soi ne correspond pas aux réalités

---

<sup>34</sup> Comme l'observe Marjorie Maguire Shultz. «[...] marriage is often seen as principally a matter of cooperative and altruistic behavior.» : Marjorie MAGUIRE SHULTZ. «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 242. Voir également ce qu'écrit l'auteur à la page 261.

observables<sup>35</sup>. Il semble que ce soit plutôt par une norme de réciprocité potentielle qu'il faille expliquer la dynamique des rapports conjugaux. Or, comme nous l'avons vu, la réciprocité potentielle demeure un mécanisme d'échanges différés dans le temps.

Le mariage n'échappe donc plus à la logique de la négociation. Aussi, on ne peut plus repousser la régulation contractuelle de la relation conjugale en prétendant qu'un ordre imposé évacue la discrétion des principaux intéressés dans l'organisation de leur relation et que le mariage demeure imperméable à toute dynamique d'échanges.

Cela dit, on aurait tort d'assimiler la négociation conjugale à la négociation qui prévaut dans les milieux d'affaires. Selon les études que nous avons recensées dans la deuxième partie, la négociation conjugale se distingue des autres types de négociation par sa nature essentiellement implicite. Autrement dit, les conjoints structurent et organisent généralement leurs rapports à travers les situations d'interactions quotidiennes, de manière plus ou moins spontanée, contournant de ce fait l'utilisation de la parole ouverte. Or, il apparaît difficile d'envisager l'hypothèse d'un contrat dans le cadre d'une relation uniquement basée sur des messages implicites et des

---

<sup>35</sup> Comme l'écrit Lenore J. Weitzman : «[e]ven if some couples prefer to marry in a romantic haze, their honeymoon will end eventually and yield to the necessity of making day-to-day arrangement.» : Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 240.



situations d'interaction<sup>36</sup>.

Soit, mais il est loin d'être certain que les études réalisées permettent de saisir les tendances qui se dessinent depuis quelques années. Si les conjoints d'autrefois étaient peu rompus aux rouages de la négociation explicite, il semble bien que les conjoints d'aujourd'hui, et à plus forte raison les conjoints de demain, soient appelés à développer de plus en plus d'habilités à cet égard.

D'abord, parce qu'on reconnaît désormais les effets bénéfiques d'une communication ouverte entre les conjoints. Ainsi, rappelons-le, de nombreux spécialistes de la relation conjugale élaborent des outils et des programmes destinés à promouvoir la communication explicite entre les conjoints.

Ensuite et surtout, parce qu'on réalise que la définition du cadre d'une relation, quelle qu'elle soit, est un enjeu trop majeur pour être laissée au domaine de l'implicite<sup>37</sup>, à plus forte raison lorsque la culture du milieu et la tradition n'assurent plus d'elles-mêmes la

---

<sup>36</sup> Marjorie Maguire Shultz pose la question de la façon suivante : «[c]lassic contract involves explicit specification of expectations and obligations, many think of marriage as an inevitably diffuse interaction, incapable of definitive analysis or prediction.» : Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 242.

<sup>37</sup> «It is much easier to live within a relationship when the expectations and boundaries are explicit rather than implicit.» : David A. ROLFE, «Pre-Marriage Contracts : An Aid to Couples Living with Parents», (1977) 26 *The Family Coordinator* 281, 284.

régulation des échanges<sup>38</sup>.

Si, dans le cours des interactions quotidiennes, les avantages que procurent la communication implicite valent bien l'ambiguïté susceptible d'en résulter, les conséquences de l'imprécision pourraient s'avérer beaucoup plus coûteuses lorsqu'il s'agit de tracer les lignes maîtresses à l'intérieur desquelles la relation doit s'articuler. Ainsi, Marjorie Maguire Shultz observe-t-elle :

«[...] where bargaining is indirect and nonspecific, the system of exchange may be fragile and inefficient. The vagueness of implicit exchange will survive only as long as the costs of specifying the desired return are greater than losses incurred by the inefficiency of indirectness.»<sup>39</sup>

Une image permet d'illustrer cette affirmation. Un plaisancier peut naviguer allégrement à l'intérieur des limites autorisées par les bouées nautiques, pour autant que celles-ci soient visibles et bien ancrées. De la même manière, on peut vivre une relation conjugale en toute spontanéité et faire usage des canaux de communication implicite dans le cours des interactions quotidiennes, pour autant que le cadre de la relation ait été préalablement fixé et que sa portée ne puisse laisser prise à l'ambiguïté.

---

<sup>38</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 106, 110.

<sup>39</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 259.

N'est-ce pas d'ailleurs le message que livrent certains psychologues et thérapeutes conjugaux lorsqu'ils préconisent l'utilisation d'outils de négociation et de communication explicite entre les conjoints afin d'établir leurs objectifs et leurs attentes mutuelles par rapport à la relation? Comme nous l'avons vu, les spécialistes de la relation conjugale sont de plus en plus nombreux à vanter les mérites de l'explicitation, même dans ses formes les plus raffinées<sup>40</sup> :

«Explicit communication provides a basis for negotiation and exchange about behavior, goals, obligations, structures, and limits, which can be a vital tool for initial planning, for building satisfying relationships, and for resolving conflicts that inevitably arise as people grow and change.»<sup>41</sup>

Dans une perspective plus générale, le professeur Pierre Noreau écrit :

«Les systèmes plus ou moins cohérents de normes qui se structurent dans le cours d'une relation sociale seront d'autant plus "effectifs" qu'ils sont fondés sur une communication continue entre les membres du groupe. Incidemment, l'expression d'intentions déclarées - l'existence d'un contrat par exemple - favorisera la mise

---

<sup>40</sup> *Supra*, §2, section 4, chapitre 1, partie 2.

<sup>41</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 258.

en forme d'une partie de ces normes.»<sup>42</sup>

Quoiqu'il en soit, certains demeureront extrêmement réfractaires face à l'idée d'introduire dans la relation conjugale une logique qu'ils considèrent appartenir exclusivement au monde marchand. Ainsi, le britannique David McLellan écrit-il :

«More fundamentally, however, [...] that mapping marriage on to the market is not the way forward. [...] Indeed, this mapping is the sign of a society that is morally bankrupt. How shall one evaluate in which everything is a bargain and the very idea of something's being a gift is impossible?»<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Pierre NOREAU, *Droit préventif : Le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, pp. 81-82. Voir également Ejan MACKAAY, «L'ordre spontané comme fondement du droit : un survol des modèles d'émergence des règles dans une communauté civile», (1988) 22 *R.J.T.* 349, 364-366.

<sup>43</sup> David McLELLAN, «Contract Marriage - The Way Forward or Dead End?», (1996) 23 *Journal of Law and Society* 234, 243-244. Voir également, dans le même sens, France OLSEN, «The Family and the Market : A Study of Ideology and Legal Reform», (1983) 96 *Harvard Law Review* 1497. Sans être partagé, l'argument est également rapporté dans Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER, Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 218 et dans Michael J. TREBILCOCK et Rosemin KESHVANI, «The Role of Private Ordering in Family Law : A Law and Economics Perspective», (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 533, 589. Il est intéressant de faire ici un parallèle avec les anciennes prohibitions légales de contracter auxquelles les conjoints étaient assujettis avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970. Dans les commentaires accompagnant le projet de loi abrogeant lesdites prohibitions, un des membres du comité des régimes matrimoniaux émettait de grandes réserves par rapport à l'abrogation de certaines prohibitions qu'il jugeait nécessaires à l'harmonie conjugale. Celui-ci, rappelons-le, considérait que plusieurs prohibitions étaient de nature à protéger, non pas seulement les époux et les tiers, mais aussi et surtout l'union conjugale elle-même qui, pour s'épanouir et se maintenir, requérait un climat difficilement comparable à celui convenant aux tractations d'affaires. Suite à l'abrogation des règles, il semble bien que le désastre appréhendé ne se soit pas réalisé : *Supra*, section 2, chapitre 3, partie 1.

De tels commentaires traduisent, à notre avis, une vision pour le moins étroite des réalités conjugale et marchande. D'abord la négociation conjugale fait appel à des principes forts différents de la négociation commerciale. Les objets échangés ne sont pas systématiquement les mêmes. Les conjoints n'échangent pas que des biens, mais de l'affection et des sentiments.

Le contexte de la négociation présente également de grandes différences. La négociation conjugale n'est pas de type antagoniste et partant, ne fait pas appel aux mêmes calculs rationnels que la négociation qui prévaut dans les milieux d'affaire :

«[...] negotiation in the marital context are not likely to be either hostile or adversarial. Instead, they provide an ideal forum for partners to learn each other's goals and plans in a non-threatening, optimistic setting.»<sup>44</sup>

En somme, toute analogie qu'on voudrait faire entre le marché et le couple fait dévier l'analyse sur une fausse piste. Les concepts de base sont peut-être les mêmes, mais le contexte de leur application diffère beaucoup trop pour qu'on puisse maintenir honnêtement une étude comparative<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 239-240. Voir aussi p. 244.

<sup>45</sup> Voir d'ailleurs Elizabeth KINGDOM, «Cohabitation Contracts and Equality», (1990) 18 *International Journal of Sociology* 287, 293. Lenore J. Weitzman rétorque que de toute façon, la négociation qui prévaut dans les milieux économiques n'est pas le processus aussi froid et impersonnel qu'on veut bien voir en elle. Au contraire, observe-t-elle, c'est par la négociation que plusieurs partenaires commerciaux ont pu véritablement tisser entre

Finalement, on ne peut valablement prétendre que la négociation exclut systématiquement le don. Ce n'est pas parce que des partenaires négocient certains aspects de leur relation, dans une logique d'échanges, qu'ils refuseront de se donner mutuellement à d'autres niveaux. Les conjoints qui négocient le partage des tâches ménagères dans une perspective d'égalité vivent-ils pour autant une relation mesquine, dénuée de toute gratuité? Poser la question, c'est y répondre<sup>46</sup>.

## SECTION 2 : LES OBJECTIONS FONDÉES SUR UNE CONCEPTION CLASSIQUE DU CONTRAT

### **§ 1 La relation conjugale est évolutive ; or le contrat est un instrument statique qui confronte ce caractère évolutif**

Le couple est appelé à évoluer au cours de son existence. Différents événements, plus ou moins prévisibles, sont susceptibles de provoquer des changements d'orientation et d'affecter les objectifs et attentes mutuelles qu'entretenaient les conjoints aux premiers jours de leur relation. La relation conjugale est donc, par nature, dynamique et évolutive.

---

eux des liens solides et personnalisés : Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 240 et pp. 243-244.

<sup>46</sup> Jean-Claude Kaufmann observe en ce sens : «[...] nombre de couples où l'on discute ferme, où chacun tend à calculer pour ne pas donner trop, sont souvent en même temps des couples où l'on n'hésite pas à certains moments à se donner sans compter.» : Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale*, Paris, Nathan, 1992, p. 130.

Or, selon la théorie juridique classique, le contrat se caractérise par sa nature statique et inflexible. En principe, le contrat est clos de façon définitive par l'échange des consentements. Et ces consentements portent non seulement sur les prestations présentes, mais également sur les prestations futures, telles qu'on les aura alors anticipées. Comme l'indique le professeur Jean-Guy Belley, on cherche à «[...] ramener toute la planification de l'échange futur dans l'entente à laquelle [les parties] consentent expressément par leurs promesses»<sup>47</sup>. Pour décrire cette idée, le professeur Ian R. Macneil utilise le terme «presentation» : «[p]resentation [...] is the bringing of the future into present»<sup>48</sup>.

Ainsi conçu, le contrat confronte indéniablement la fluidité propre à la relation conjugale<sup>49</sup>. Sur la base d'un tel constat, nombreux sont ceux et celles qui s'objectent à la régulation contractuelle de la relation conjugale. J. Gibson Wells traduit l'objection dans les termes suivants :

«Just as situations change, so also do the feelings,

---

<sup>47</sup> Jean-Guy BELLEY, *Résumé de la théorie du contrat relationnel de Ian R. Macneil*, Québec, mars 1995, p. 8, [non publié].

<sup>48</sup> Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, London, Yale University Press, 1980, p. 60. Évidemment, dans la mesure où tout n'aura pas été prévu dans le contrat, on s'en remettra simplement au droit supplétif édicté par l'État.

<sup>49</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 291. Voir également Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 109.

values and attitudes of spouses change after the wedding. In fact, most studies of marital adjustment indicate a continuous process of change on the part of both partners. In some circumstances, therefore, a marriage contract might prove to be meaningless at best, and at the worst, it could become the source of later disagreement and conflict.»<sup>50</sup>

Il faut reconnaître que le contrat de la théorie juridique classique ne peut accommoder une relation aussi changeante et complexe que la relation conjugale. Les conjoints peuvent difficilement, par contrat, s'engager de façon définitive sur la base d'éléments, de valeurs et de conceptions appelés à évoluer au cours des années. Marjorie Maguire Shultz observe en ce sens :

«Yet modern economic conditions often call for complex, longstanding relationships that must survive changing circumstances. In such relationships - as is so true in marriage - the high degree of definiteness and finality demanded by classic contract doctrine is frequently impossible.»<sup>51</sup>

Cela dit, la théorie classique du contrat a fait l'objet de certaines

---

<sup>50</sup> J. GIBSON WELLS, «Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator* 33, 35. L'argument est également rapporté dans Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 219 et dans Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, aux pages 248-250. Il faut toutefois noter que ces auteurs ne souscrivent pas à l'objection soulevée.

<sup>51</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 292.



critiques au cours des dernières décennies, notamment par le professeur américain Ian R. Macneil. Celui-ci a proposé une nouvelle théorie contractuelle beaucoup mieux adaptée aux échanges contemporains et susceptible d'offrir une conception du contrat compatible avec la réalité conjugale<sup>52</sup>.

Selon Macneil, il existe deux types d'échange contractuel : l'échange transactionnel et l'échange relationnel. L'échange transactionnel est celui qui constate ou planifie l'exécution d'une simple transaction. Il intervient entre des parties qui, en principe, n'entretiendront aucun lien significatif au lendemain de l'échange des consentements. Le contrat de vente illustre bien ce type d'échange, puisqu'il ne fait que constater le transfert de droits sur le bien vendu et le versement de la contrepartie exigée.

À l'opposé, on retrouve l'échange relationnel. Ce type d'échange correspond à un projet de coopération souvent conçu à long terme. L'échange relationnel occupe un espace temporel beaucoup plus vaste que l'échange transactionnel, puisqu'il a vocation à se poursuivre dans l'avenir, pour une durée généralement indéterminée («ongoing relation»). On pense, par exemple, aux rapports contractuels qu'entretiennent les membres d'une société réelle entre eux et à la relation de travail entre un employeur et un employé. Évidemment, on

---

<sup>52</sup> Voir principalement Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, London, Yale University Press, 1980.

pense aussi à la relation conjugale<sup>53</sup>.

Or, selon Macneil, la théorie classique du contrat ne convient bien qu'aux échanges transactionnels. Un contrat qui cherche à traduire ou canaliser définitivement l'ensemble des rapports contractuels ou en d'autres termes, qui se prétend la seule et unique plate-forme d'échanges des parties, ne peut vraisemblablement convenir aux échanges relationnels, de nature évolutive.

À son avis, en continuant d'appliquer à ce dernier type d'échange une théorie aussi inadaptée, on opère une dissociation artificielle du contrat avec la relation des parties et le contexte dans lequel celle-ci s'articule. Une telle dissociation permettrait d'expliquer l'inefficacité d'un grand nombre de contrats.

Seule une théorie du contrat intégrant les normes émanant du comportement des acteurs sociaux pourrait, selon Macneil, soutenir l'échange relationnel. Ces normes seraient les seules à pouvoir rendre compte d'une relation qui réussit, c'est-à-dire une relation stable qui se renouvelle continuellement parce que les parties parviennent à concilier leurs attentes et leurs prétentions.

Parmi ces normes, on retrouve la flexibilité. D'emblée, les parties à

---

<sup>53</sup> Ian R. MACNEIL, «The Many Futures of Contract. (1974) 47 *S. Cal. L. Rev.* 691, 721, 725, 746-747 et 751. Voir également Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy». (1982) 70 *California Law Review* 204, 302.

un contrat relationnel devraient consentir à adapter leur contrat en fonction des informations nouvelles qui leur échoient en cours de relation et de l'évolution des circonstances. Ignorer la réalité changeante et foncièrement imprévisible de l'échange relationnel ne peut que desservir la relation<sup>54</sup>. En tant que norme :

«La flexibilité est inscrite dans la relation d'interdépendance qui incite à faire prévaloir une adaptation nécessaire sur le respect rigide de la planification convenue et du consentement donné.»<sup>55</sup>

Sur la base des observations et des théorisations du professeur Macneil, nous soumettons qu'une approche prônant la régulation contractuelle de la relation conjugale devrait nécessairement intégrer cette norme de flexibilité. Le contrat conjugal ne devrait pas être dissocié de la relation qu'il prétend desservir, ou en d'autres termes, «[...] être conçu comme un document ayant une existence indépendante de la relation vécue»<sup>56</sup>.

Plus concrètement, le contrat conjugal devrait faire l'objet de révisions ou de réévaluations à intervalles réguliers. Sur la base des changements survenus, les termes initiaux pourraient donc être

---

<sup>54</sup> Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, London, Yale University Press, 1980, pp. 50-52.

<sup>55</sup> Jean-Guy BELLEY, *Résumé de la théorie du contrat relationnel de Ian R. Macneil*, Québec, mars 1995, p. 5, [non publié].

<sup>56</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 106, 110.

renégociés par les conjoints. Dans cette perspective, le cadre normatif émanant du contrat n'aurait rien de stagnant ; au contraire, il serait lui-même évolutif. À cet égard, J. Gibson Wells écrit :

«[The spouses] might wish to set up a highly tentative and flexible premarriage contract which would clarify their basic feelings and intentions, but one of the major items of the contract would be the provision for periodic renegotiation of the items which were of concern of the pair, or which might be subject as the marriage progressed. Thus, the couple would not be bound to an iron-clad contract [...].»<sup>57</sup>

Si l'on adopte une telle conception du contrat, l'objection soulevée en début de section devient caduque. Au lieu de confronter la nature évolutive de la relation conjugale, le contrat l'intégrerait et en

---

<sup>57</sup> J. Gibson WELLS. «Personal Marriage Contracts». (1976) 25 *The Family Coordinator* 33, 35. Au même effet, voir Lenore J. WEITZMAN. *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*. New York, Free Press, 1981, p. 249 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD. «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*. Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, aux pages 226-227; Keith MELVILLE et Suzanne KELLER. *Marriage and Family Today*, 4e éd., New York, Random House, 1988, p. 177 ; Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 36 ; Clifford SAGER, Helen S. KAPLAN, Ralph H. GRUNLACH, Malvina KREMER, Rosa LENZ et Jack R. ROYCE, «The Marriage Contract», (1971) 10 *Family Process* 311, 314 ; Clifford SAGER, *Marriage Contracts and Couple Therapy*, New York, Brunner/Mazel, 1976, p. 21 ; Anthony N. MALUCCIO et Wilma D. MARLOW, «The Case for the Contract», (1974) 19 *Social Work* 28, 34 ; Alain ROY, «Des contrats de mariage innovateurs», (1995) 98 *R. du N.* 64, 80 et suiv. et, du même auteur, «L'intervention du notaire dans les relations conjugales : du contrat de mariage au contrat conjugal», dans Pierre CIOTOLA (textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 189, aux pages 201-203. Voir également les observations faites dans Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 301-303.

reconnaîtrait la pleine valeur normative.

**§ 2 La relation conjugale est basée sur la confiance ; or le contrat est un instrument de coercition incompatible avec la confiance**

Tant et aussi longtemps que le couple sera fondé sur le sentiment amoureux, la confiance en demeurera la principale source de régulation. Sans confiance réciproque, est-il utile de le répéter, il apparaît difficile d'envisager l'établissement ou le maintien d'une relation conjugale.

Toute réflexion sur de nouveaux modes d'organisation ou de régulation de la relation conjugale doit donc tenir compte de cette donnée incontournable. En d'autres termes, les approches incompatibles ou irréconciliables avec la confiance conjugale sont inévitablement vouées à l'échec. Qu'en est-il de la régulation contractuelle de la relation conjugale? Contrat et confiance conjugale sont-ils par nature antinomiques?

C'est ce que l'on pourrait croire, si l'on se fie aux conceptions du contrat traditionnellement véhiculées. Le caractère profondément subjectif de la confiance interpersonnelle ne pourrait, semble-t-il, s'accommoder du contrat. Bien plus, le contrat constituerait un déni de confiance. On y aurait recours que si l'on est incapable d'accorder sa confiance à autrui. En matière matrimoniale, Lenore J. Weitzman observe :

«It is unusual for prospective spouses to think of signing a contract because, after all, mutual trust is essential in marriage, and two people who trust each other should not need to sign contracts.»<sup>58</sup>

Ainsi, l'engagement contractuel représenterait la garantie d'exécution suppléant à l'absence de confiance. En cas contraire, le sentiment de confiance partagée rendrait le contrat tout à fait inutile, «[...] tant il est profondément vrai que l'on peut, à force de confiance, mettre quelqu'un dans l'impossibilité de nous tromper»<sup>59</sup>. Dans cette perspective, la dichotomie confiance/contrat que retiennent plusieurs observateurs ne risque pas d'étonner :

«Le contrat pourrait bien être l'inverse de la confiance : il apparaîtrait lorsqu'elle disparaît. La confiance se passerait du contrat et celui-ci trouverait sa raison d'être lorsque celle-là fait défaut.»<sup>60</sup>

Quoique largement répandue, cette vision repose, à notre avis, sur

---

<sup>58</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 242.

<sup>59</sup> Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 3.

<sup>60</sup> Ce sont les termes qu'emploie Alain Chirez pour décrire cette dichotomie à laquelle, toutefois, il ne souscrit pas : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 3. L'argument est également rapporté dans Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 219. Au soutien de cette conception, voir précisément David McLELLAN, «Contract Marriage - The Way Forward or Dead End?», (1996) 23 *Journal of Law and Society* 234, 243.

des prémisses contestables. Considérer le contrat et la confiance comme les faces opposées d'une même figure trahit une conception extrêmement limitative du contrat. Soit, le contrat est l'inverse de la confiance lorsqu'on ne voit en lui qu'un instrument coercitif sous la menace duquel une partie acceptera de respecter ses engagements, compte tenu des sanctions judiciaires qui pourraient autrement lui être imposées. Cependant, le contrat est beaucoup plus que cela. Comme l'explique Alain Chirez :

«Le contrat est avant tout un mode d'organisation des rapports entre les hommes, en même temps qu'un moyen de planification. En tant que système de relation et en tant qu'instrument d'anticipation sur le futur, c'est un acte de foi.»<sup>61</sup>

Bien que le contrat soit principalement utilisé en tant qu'outil coercitif par l'ensemble des juristes, rien ne justifie qu'on oublie ou néglige le sens premier du contrat ou qu'on le définisse en fonction d'un seul paradigme<sup>62</sup>. À plus forte raison lorsqu'on réalise que la

---

<sup>61</sup> Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 3. Le professeur Jean-Guy Belley écrit: «[Le contrat] peut aussi servir d'instrument de régulation d'un projet de coopération conçu dans la longue durée.» : Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 112 et 116. Au même effet, voir également Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 306 ; Lise MINGASSON et Bertrand SACHS, «Pratiques du contrat», (1992) 19 *Informations sociales* 77 ; Jean-Yves BARRERYE et Brigitte BOUQUET, «De l'incantation à l'implication - Pratiques du contrat», (1992) 19 *Informations sociales* 59, 59 et suiv.

<sup>62</sup> Le Code civil lui-même ne permet pas de retenir une définition aussi restrictive du contrat. L'article 1378 C.c.Q. établit qu'un contrat «[...] est un accord de volonté par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une

fonction préconisée par les disciples de Thémis est rarement celle que privilégient initialement les parties à la relation contractuelle.

Majorie Maguire Shultz observe :

«Given their academic training, lawyers naturally emphasize dispute resolution and contract enforcement by courts. By contrast, the parties to a contract do not focus on enforcement but on the goals, plans, relationships, exchanges.»<sup>63</sup>

Au même effet, le professeur Ian R. Macneil écrit :

«[Performance planning] is, after all, the way most participants view most contract planning - only lawyers and other trouble-oriented folk look on contracts primarily as a source of trouble and disputation, rather

---

prestation.» La force obligatoire est un effet potentiel du contrat, mais non un élément de définition : C.c.Q., art. 1458.

<sup>63</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 306. Cette impression est conforme aux observations faites par le professeur Stewart Macaulay dans son étude réalisée en 1963 sur les échanges commerciaux. Les recherches effectuées démontrent qu'un grand nombre d'acteurs économiques perçoivent le contrat commercial comme un instrument de communication. La description du produit à livrer, les modalités de fabrication et l'échéancier contenus au contrat permettent au fournisseur d'établir un plan de travail adéquat et conforme aux attentes de l'acheteur. À l'intérieur de chacune des entreprises, le contrat sert également de base aux relations stratégiques entre les différents intervenants et départements internes concernés. Dans cette perspective, la fonction coercitive est loin d'être privilégiée par les parties : Stewart MACAULAY, «Non contractual Relations in Business : A Preliminary Study», (1963) 28 *American Sociological Review* 55, 65.



than as a way of getting things done.»<sup>64</sup>

Plus près de nous, le professeur Jean-Guy Belley commente la culture notariale du contrat en ces termes :

«[...] la profession notariale ne se détache pas facilement de la propension à aborder le contrat dans la seule optique du système juridique plutôt que de la perspective des acteurs sociaux cherchant un mode de régulation adapté à leurs transactions ou à leurs relations.»<sup>65</sup>

Indéniablement, l'approche contractuelle de la relation conjugale suppose une conception du contrat affranchie des limitations que lui accolent trop souvent les juristes. D'une part, parce qu'une relation aussi étroite et intime que la relation conjugale ne pourrait se satisfaire d'un document qui, dans sa facture, postule l'échec ou l'inexécution des prestations comme l'aboutissement presque normal des échanges.

Certes, le contrat encadrant les rapports conjugaux pourrait-il s'attarder à organiser les conséquences d'un manquement, mais cette perspective doit demeurer secondaire. De la même manière, le législateur n'impose pas le devoir de fidélité en brandissant

---

<sup>64</sup> Ian R. MACNEIL, *Contracts, Exchange, Transaction and Relations*, 2e éd., 1978. (cité dans Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 306 à la note 387).

<sup>65</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 108.

expressément la menace d'un divorce ; il en fait un devoir parce qu'il est convaincu qu'un mariage fidèle demeure le gage d'un mariage heureux.

D'autre part, parce qu'un contrat destiné à encadrer une relation conjugale symbolise ou incarne le point de départ d'une union que les principaux intéressés souhaitent profitable et harmonieuse. En soit, le caractère relationnel<sup>66</sup> de leurs rapports justifie qu'on aborde le contrat comme l'instrument d'organisation et de planification susceptible de consolider la relation à venir et partant, de favoriser l'atteinte des objectifs qu'ils poursuivent<sup>67</sup>.

À l'inverse, les échanges de type transactionnel<sup>68</sup> peuvent autoriser une conception fort différente du contrat. Pensons simplement au contrat de vente. Règle générale, la nature des rapports entre vendeur et acheteur ne requiert aucune organisation ou planification

---

<sup>66</sup> Selon la catégorisation du professeur Macneil. *supra*. §1. section 2. chapitre 1. partie 3.

<sup>67</sup> Il est intéressant de rappeler ici les propos du professeur Louis Marceau avant l'abrogation des prohibitions légales de contracter le 1<sup>er</sup> juillet 1970, relativement au contrat de société entre conjoints dont il défendait la validité. En établissant une société entre eux, écrivait-il, les conjoint se trouvent d'abord et avant tout à unir leur destinées pécuniaires et se donnent les moyens de mieux collaborer au bien-être matériel de leur foyer. En somme, rappelons-le, la rationalité contractuelle ne lui apparaissait pas incompatible avec l'esprit du mariage. Tout dépendait de l'objectif poursuivi par le contrat, de l'usage qu'on en faisait et de l'orientation qu'on voulait bien lui donner. Ainsi, le professeur Marceau défendait-il la validité et la faveur du contrat de société entre conjoints parce qu'il le considérait comme un instrument d'organisation et de planification d'une relation durable, et non comme un instrument de coercition. *Supra*, section 2. chapitre 3, partie 1.

<sup>68</sup> Selon la catégorisation du professeur Macneil. *supra*. §1. section 2. chapitre 1. partie 3.

de long terme. En effet, lors de la signature du contrat, l'essentiel des rapports contractuels appartiennent déjà au passé. Ici, le contrat n'a pas pour objectif de préserver une relation, mais de sauvegarder les droits respectifs des parties.

Dans une perspective d'échange relationnel, il devient donc difficile d'opposer systématiquement la confiance au contrat. Les deux concepts semblent au contraire complémentaires<sup>69</sup>. C'est sur la base du sentiment de confiance qu'on acceptera d'engager un processus d'organisation et de planification d'une relation que l'on souhaite durable<sup>70</sup>. Et c'est encore la confiance qui permettra par la suite aux parties d'espérer une exécution conforme aux termes convenus<sup>71</sup>. Car, faut-il le rappeler, un contrat est fait de promesses, non de

---

<sup>69</sup> «La confiance apparaît comme étant l'élément moteur des accords de coopération. Présentés comme ayant pour objet la mise en oeuvre d'actions concertées, ces accords sont généralement fondés sur une base égalitaire qui laisse à chaque membre son autonomie. Les parties agissent sur un pied d'égalité juridique, sans aucune soumission à l'une d'entre elles, en vertu de la confiance mutuelle qui les anime. Les partenaires apparaissent entre eux comme des alliés et non comme des adversaires.» : Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 183.

<sup>70</sup> Le contrat est lui-même considéré comme un acte de confiance : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 9 et p. 265 ; Jean-Michel SERVET, «Paroles données: le lien de confiance», dans *Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), À qui se fier? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 37, à la page 44. En matière matrimoniale, voir précisément Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 226.

<sup>71</sup> Letha DAWSON SCANZONI et John SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988, pp. 382-383.

certitudes acquises<sup>72</sup>. En réalité, la confiance nourrit le contrat et le contrat nourrit la confiance<sup>73</sup>.

Et si conflit il y a en cours de relation, c'est toujours la confiance qui permettra idéalement de le résoudre. Aux dires du professeur Macneil, les parties engagées dans un échange relationnel vont généralement entrevoir le règlement de leurs conflits en se référant d'abord aux exigences de la bonne foi et de la confiance. Ce n'est qu'en cas d'échec qu'elles se rapporteront aux termes exprès du contrat ou qu'elles mettront en branle le mécanisme de régularité

---

<sup>72</sup> Alain CHIREZ. *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 15.

<sup>73</sup> On reconnaîtra ici les éléments déjà présentés au soutien d'une conception complémentaire de la confiance et du contrat dans les relations d'affaires. Comme nous l'avons vu dans la seconde partie, plusieurs observateurs admettent les liens étroits qui relient confiance et contrat. Pour eux, la confiance est partie intégrante à la formation et à l'exécution du contrat d'affaires. Sans confiance, on s'engagera difficilement dans une relation contractuelle ou on sera très réticent à maintenir les échanges. Il est par ailleurs intéressant de noter les observations du doyen Cornu, qui, au soutien de la validité des contrats de société entre époux, écrivait en 1953 : «[c]ombien de contrats reposent sur la seule confiance que les parties se donnent, tel le mandat ou la société dont l'*affectio societatis* pourrait se nourrir de l'amour que les époux se portent.» : Gérard CORNÜ, «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461, 464. Au sujet du rapport entre contrat et affection, Alain et Jacqueline Pousson observent dans le même sens : «Le droit romain et le Code civil ont fait reposer de nombreux contrats sur la considération de la personne du cocontractant, c'est-à-dire sur l'existence d'un rapport d'amitié ou d'affection. Les préoccupations économiques consécutives au développement de la civilisation industrielle ont ruiné le schéma classique et ont relégué à l'arrière-plan les sentiments et le désintéressement.» : Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 171. Voir également les propos des auteurs aux pages 172 et suiv.

procédurale qui y est prévu<sup>74</sup>.

Confiance et contrat nous apparaissent d'autant plus complémentaires qu'en matière conjugale, le cadre contractuel pourrait constituer un support privilégié à la confiance. La confiance conjugale, rappelons-le, repose sur deux idées maîtresses : la communication et l'accord<sup>75</sup>. Or, l'approche contractuelle de la relation conjugale soutient la communication et consacre l'accord des partenaires<sup>76</sup>. C'est d'ailleurs l'avis que partagent les psychologues et thérapeutes qui préconisent l'utilisation du modèle contractuel dans le cadre de leurs thérapies de couples. Tel qu'exposé précédemment, le contrat est présenté aux conjoints en termes d'instrument de communication leur permettant de confronter leurs objectifs respectifs et partant, de mieux définir le cadre normatif devant régir leur relation<sup>77</sup>.

Quoiqu'il en soit, on doit demeurer conscient qu'un grand nombre de conjoints demeureront réfractaires à l'approche contractuelle de la

---

<sup>74</sup> En agissant de la sorte, les parties respecteront la norme que MacNeil nomme «harmonization of relational conflict» : Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, London, Yale University Press, 1980, pp. 67-69.

<sup>75</sup> *Supra*, A. 3. §3, section 2, chapitre 2, partie 2.

<sup>76</sup> Comme l'écrit Lenore J. Weitzman, «[...] Contracts facilitate open and honest communication, and help prospective partners to clarify their expectations.» : Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 228. Voir également ce qu'écrit l'auteur aux pages 232 et suiv.

<sup>77</sup> *Supra*, §2, section 4, chapitre 1, partie 2.

relation conjugale, même envisagée dans cette perspective<sup>78</sup>. En fait, ce n'est pas tant le contrat en soi que l'explicitation à la base du processus contractuel qui leur apparaîtra menaçante. Si l'on veut expliciter, soutiendra-t-on, n'est-ce pas parce que l'on ne se fait pas suffisamment confiance pour laisser les choses aller d'elles-mêmes?

Que cela soit vrai serait pour le moins paradoxal. La communication, est-il utile de le répéter, constitue la principale clé de la confiance conjugale. Faut-il comprendre que la communication entre les conjoints doit être claire et authentique, franche et honnête, mais sans être trop explicite? Existe-t-il un seuil à partir duquel l'explicitation se transforme en déni de confiance<sup>79</sup>?

---

<sup>78</sup> Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, aux pages 218 et 226.

<sup>79</sup> Entre conjoints et proches parents, selon la jurisprudence française, il y aurait même impossibilité morale de préconstituer une preuve écrite. Parlant des contrats entre intimes, Alain Chirez écrit d'ailleurs : «[e]ntre gens d'une même famille, entre époux ou entre amis, on ne dresse pas d'écrit, précisément parce que l'affection est le fondement d'une confiance qui s'offenserait de tels procédés. Un fils ne saurait, par exemple, exiger un reçu de sa mère, et ceci, quelle que soit l'importance des sommes en jeu. Dans les relations affectives, la confiance règne.» : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 259. Au même effet, Philippe Malinvaud observe : «L'intimité des coeurs ne s'accommode, ni ne s'embarrasse de formalités de preuve ; elle conduit tout naturellement, elle oblige même, à faire confiance.» : Philippe MALINVAUD, «L'impossibilité de la preuve écrite», (1972) *Doctrine J.C.P.* 2468, n° 20. Sur la question, voir également Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, C.N.R.S., 1990, p. 205 et suiv.

Soit, l'explicitation procède d'une démarche rationnelle et la confiance est souvent présentée en opposition à la rationalité. Si la confiance existe, argue-t-on, il n'est point nécessaire d'avoir recours aux processus rationnels et à l'inverse, on ne recherchera les processus rationnels que si la confiance est absente<sup>80</sup>. Dans une telle perspective, l'opposition que certains font entre confiance et rationalité se comprend facilement. Cependant, est-elle réellement fondée? Qu'il nous soit permis d'en douter.

En réalité, ce n'est pas tant la rationalité accompagnant tout processus de communication explicite qui est incompatible avec la confiance mais les perceptions ou impressions subjectives que l'on entretient sur la base d'idées préconçues. Si un conjoint est convaincu, pour une raison ou pour une autre, que l'usage de canaux de communication explicite est justifié par un manque de confiance, qu'il s'agit en fait d'ouvrir un jeu d'opposition où chacun entend faire des gains opportunistes au détriment de l'autre, alors la communication explicite pourra effectivement contribuer à l'établissement d'un climat de méfiance et compromettre, à plus ou moins long terme, la relation conjugale<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Voir d'ailleurs Francesco ALBERONI, *Je t'aime*, traduit de l'italien par Claude Ligé, Paris, Plon, 1997, p. 191.

<sup>81</sup> Pour le sociologue François De Singly, l'explicitation pourrait effectivement donner l'impression qu'on cherche à faire des gains opportunistes au détriment de l'autre. Il ne faut pas, écrit-il, «[...] qu'on livre publiquement ses estimations, qu'on donne l'impression de compter. Vouloir faire des comptes, désirer que tout soit clair, c'est affirmer que l'on veut être certain de ne rien perdre. C'est révéler son caractère intéressé dans le cadre d'une relation affective, qui par définition sociale, doit être désintéressée. La

Si ce conjoint considère, au contraire, qu'il n'est question que d'établir sans détour les lignes maîtresses de la relation de manière à établir un cadre stable ou à susciter un réajustement salutaire, la confiance ne devrait pas en souffrir<sup>82</sup>. Bien au contraire.

À cet effet, un parallèle intéressant peut être établi avec la relation d'affaires. Tel que démontré précédemment, les partenaires d'affaires ont recours au contrat pour expliciter le cadre de leur relation, sans pour autant nier la place importante qu'occupe la confiance dans leurs rapports. Le contrat ne se transforme en déni de confiance que si l'utilisation excessive qui en est faite donne à l'un ou l'autre des contractants l'impression qu'on refuse de s'en remettre à sa bonne foi en cas d'imprévu. Procédant d'une démarche rationnelle, le contrat explicite est donc parfaitement compatible avec la confiance. Seules les présomptions et impressions qui se dégagent de l'utilisation qu'on en fait peuvent s'avérer néfastes ou dangereuses<sup>83</sup>.

---

personne qui formule une telle demande prend le risque d'être perçue comme régie par ses intérêts personnels et donc insensible aux intérêts de son partenaire et du couple.» Les propos de l'auteur, le «risque d'être perçue» auquel il fait référence, n'illustrent-ils pas de façon éloquente que l'incompatibilité dénoncée n'est pas conceptuelle, mais relève de l'ordre des perceptions? François DE SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., 1990, pp. 206-207.

<sup>82</sup> Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 226.

<sup>83</sup> *Supra*, B, §3, section 2, chapitre 2, partie 2.



À notre avis, la confiance conjugale peut non seulement s'accommoder de l'approche contractuelle de la relation conjugale, mais en tirer profit. En admettant que la confiance interpersonnelle repose en grande partie sur la communication et que le contrat se veut d'abord un outil de communication et de planification, on doit se résoudre à reconnaître non pas l'incompatibilité des deux concepts, mais leur parfaite complémentarité.

### **§ 3 Le contrat mène à la sanction judiciaire ; or la relation conjugale ne peut s'accommoder de telles sanctions**

Selon la doctrine classique, le contrat se définit comme un accord de volonté destiné à créer des effets juridiquement obligatoires<sup>84</sup>. En d'autres termes, le contrat équivaut à l'ensemble de promesses, légales et licites, pour l'inexécution desquelles la loi prévoit une sanction judiciaire. Ainsi, contrat et sanction judiciaire semblent difficilement dissociables.

---

<sup>84</sup> Voir notamment Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Théorie des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 28 ; Didier LLUELLES (avec la collaboration de Benoît MOORE), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 57 ; Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil - Les obligations - Théorie générale*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 49 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LAQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1996, pp. 40-41 ; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil : Les obligations*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1988, p. 22 ; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations : l'acte juridique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Colin, 1994, p. 85. Voir également les références citées dans Bruno OPPETIT, « L'engagement d'honneur », (1979) 17 *Recueil Dalloz Sirey* (Chronique) 107, 111, à la note 39. D'autres se limitent à définir le contrat d'accord productif d'obligations : Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993, p. 24 ; Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Obligations : contrat*, Paris, Litec, 1993, p. 3.

Admettre la régulation contractuelle de la relation conjugale aurait donc pour résultat, selon certains, d'introduire indirectement la mécanique judiciaire dans le couple. À leurs dires, le contexte contradictoire sur lequel s'articule cette mécanique et la «froideur» qui caractérise habituellement la sanction judiciaire s'avèreraient inconciliables avec la dynamique du couple, marquée par l'harmonie, le rapprochement et la chaleur :

«The archetypal instrument of legal resolution in contractual disputes is court. Courts are blunt and tradition-bound instruments. Courts are competent to weigh certain values, and construct certain types of remedies. Marital relationships, the objection is, involve subtle, delicate, diffuse, and highly emotional interactions that do not lend themselves to courtroom evidence and the adversarial of context litigation.»<sup>85</sup>

Marjorie Maguire Shultz refuse d'adhérer à cette argumentation. Selon elle, le contexte émotif dans lequel se déroule la relation conjugale et la crainte qu'une sanction judiciaire vienne compromettre l'harmonie des rapports ne peuvent constituer une objection sérieuse à la régulation contractuelle. Mieux vaut accepter

---

<sup>85</sup> L'argument est rapporté dans Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 243. Voir également Margaret SOKOLOV, «Marriage Contracts for Support and Services : Constitutionality Begins at Home», (1974) 49 *Harvard Law Review* 1161, 1173, à la note 61 ; Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1294 et Eric RASMUSEN et Jeffrey EVANS STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance : Personalizing the Marriage Contract», (1998) 73 *Indiana Law Journal* 453, 462.

les effets soi-disant négatifs<sup>86</sup> qui accompagnent la sanction que de laisser en blanc l'injustice dont un conjoint se dirait victime suite au manquement de l'autre<sup>87</sup> :

«Furthermore, to conclude that there should be no adjudication because of emotionally entangled issues is to prefer to allow expectations to go unvindicated, and disputes to go unresolved, rather than to solve the problem of how to sever a dispute from its relationship context. Such preference is unwarranted.»<sup>88</sup>

Shultz s'empresse cependant d'ajouter qu'un certain nombre d'obligations contractuelles ne pourraient faire l'objet de sanctions, étant donné leur caractère éminemment émotionnel et personnel. En présence de telles obligations, écrit-elle, l'évaluation du préjudice subi et la réparation qu'on voudrait en ordonner s'avéreraient trop

---

<sup>86</sup> Shultz refuse par ailleurs de voir dans l'adjudication un processus essentiellement nuisible au maintien et à la stabilité de la relation conjugale. Voir Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 321 et suiv. Au même effet, voir James CRENSHAW, «A Blueprint for Marriage : Psychology and the Law Join Forces», (1962) 48 *American Bar Association Journal* 125. Dans une perspective plus générale, voir également Barbara YNGUESSON, «Re-Examining Continuing Relations and the Law», (1985) *Wisconsin Law Review* 623.

<sup>87</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 316 et 327. Au soutien de l'adjudication durant le mariage («provisions for support and services»), voir également Margaret SOKOLOV, «Marriage Contracts for Support and Services : Constitutionality Begins at Home», (1974) 49 *Harvard Law Review* 1161, 1244-1245 et Eric RASMUSEN et Jeffrey EVANS STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance : Personalizing the Marriage Contract», (1998) 73 *Indiana Law Journal* 453, 482-484.

<sup>88</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 324.

arbitraires. L'auteure donne l'exemple des ententes relatives aux relations sexuelles qu'entendent entretenir les conjoints et aux pratiques religieuses individuelles et conjugales qu'ils conviennent d'adopter<sup>89</sup>.

La nuance apportée par Shultz revêt une grande importance, puisqu'elle nous amène à réaliser qu'on ne peut mesurer la valeur de l'objection présentement soulevée sans faire de distinctions en fonction des différentes catégories de dispositions susceptibles de se retrouver au contrat conjugal. Au total, cinq catégories pourraient être identifiées. Comme on le constatera, chacune d'elles exige une analyse particulière.

On peut classer dans une première catégorie les dispositions dont l'objet serait d'organiser les conséquences de la rupture. On pense notamment aux règles régissant le partage des biens des conjoints et les indemnités ou sommes payables lors de la rupture ou par la suite.

On ne peut vraisemblablement douter du caractère sanctionnable de telles dispositions. À preuve, les tribunaux ne refusent pas,

---

<sup>89</sup> «At bottom, access to adjudication for interspousal disputes is a question of balancing competing concerns, adjudicative processes will not be able to accomodate every obligation a couple might undertake.» : Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 324-325. D'autres considèrent au contraire que de telles ententes devraient être sanctionnables, en dépit de leur caractère spécifique : Eric RASMUSEN et Jeffrey Evans STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance : Personalizing the Marriage Contract», (1998) 73 *Indiana Law Journal* 453, 482-485.

actuellement, de sanctionner les règles du régime matrimonial des conjoints contenues au contrat de mariage et les autres stipulations destinées à régler les conséquences financières du divorce ou de la séparation.

Cela dit, l'objection à la régulation contractuelle fondée sur l'effet problématique que pourrait avoir une sanction judiciaire sur le maintien de la relation n'a plus ici aucune raison d'être, puisque les dispositions appartenant à cette première catégorie n'auraient d'effet qu'au jour de la rupture<sup>90</sup>.

La deuxième catégorie regroupe les dispositions dont l'objet serait d'encadrer juridiquement les rapports patrimoniaux des conjoints durant le mariage. On pense aux règles relatives à l'administration et à la disposition des biens des conjoints et à celles qui concernent la détermination de leur contribution aux charges du mariage. Certes, ces règles seraient sanctionnables au moment de la rupture.

Théoriquement, elles pourraient également l'être durant le mariage, quoiqu'il nous apparaîtrait étonnant qu'un conjoint en réclame la

---

<sup>90</sup> Margaret SOKOLOV, «Marriage Contracts for Support and Services : Constitutionality Begins at Home», (1974) 49 *Harvard Law Review* 1161, 1244 et Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1296.

sanction tout en souhaitant poursuivre sa relation avec l'autre<sup>91</sup>. Si les conjoints ne sont pas en mesure de régler leurs différends autrement qu'en s'adressant au tribunal, il est fort à parier que leur relation soit déjà compromise<sup>92</sup>. Comme l'exprime Pierre Julien : «[...] il est contraire à la psychologie matrimoniale que deux époux unis plaident l'un contre l'autre en vue de la satisfaction de leurs intérêts personnels d'ordre patrimonial»<sup>93</sup>. En conséquence, l'objection à la régulation contractuelle ne nous apparaît pas plus

---

<sup>91</sup> On peut ici faire un parallèle avec les règles légales relatives à la protection de la résidence familiale qui interdisent au conjoint propriétaire de la résidence d'en disposer sans le consentement de l'autre (C.c.Q., art. 402 et suiv.). En principe, rien n'empêche le conjoint qui n'a pas fourni le consentement requis de s'adresser au tribunal, durant le mariage, pour obtenir une sanction judiciaire contre l'autre. De même, un conjoint peut vraisemblablement demander au tribunal de sanctionner l'engagement ou l'obligation d'un conjoint de contribuer aux charges du mariage en proportion de ses facultés. Il est très rare, cependant, que de telles demandes sont adressées au tribunal en dehors d'une instance en divorce ou en séparation. Nous n'avons retracé qu'une seule affaire en ce sens, soit *Lapierre c. Trottier*, [1970] R.P. 309 (C.S.), commentée par François HÉLEINE, «Rapports personnels entre époux, obligations alimentaires, divorce et séparation de corps», (1970) 1 R.G.D. 103, 113. Également, nous n'avons rescencé aucune affaire mettant en cause un conjoint qui, durant la vie commune, se serait adressé aux tribunaux pour réclamer à l'autre l'exécution forcée de leur contrat de mariage ou d'un autre contrat intervenu entre eux. Le législateur semble d'ailleurs conscient des faibles probabilités qu'une poursuite soit intentée avant que la relation ne soit réellement compromise, que ce soit sur la base des dispositions législatives ou d'un contrat, puisqu'il a pris la peine de suspendre le cours de la prescription durant la vie commune : C.c.Q., art. 2906.

<sup>92</sup> Déjà, en 1962, Pierre Julien affirmait : «[s]i un époux doit plaider contre son conjoint pour obtenir la solution d'un litige existant entre eux, le mariage traduit par là une faiblesse dont on peut légitimement penser qu'elle doit lui être, à plus ou moins brève échéance, fatale.» : Pierre JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 35. Voir également p. 157 et suiv. Cette affirmation nous semble encore plus vraie aujourd'hui, le couple étant désormais fondé sur l'amour et l'épanouissement personnel. Or, un recours judiciaire s'inscrit difficilement dans une telle dynamique.

<sup>93</sup> Pierre JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 185. Cependant, comme nous l'avons déjà signalé, des auteurs semblent attribuer certaines vertus à l'adjudication durant l'union. *Supra*, note 91.

sérieuse ici qu'à l'égard des dispositions appartenant à la première catégorie.

L'objection est également injustifiée à l'égard des trois dernières catégories, mais pour des raisons différentes. La troisième catégorie regroupe les dispositions dont l'objet serait d'établir et de traduire sous forme d'engagements réciproques les attentes générales et spécifiques qu'entretiennent les conjoints sur les différents aspects de leur relation, hormis celles qu'on peut rattacher aux deux premières catégories. On pense aux attentes relatives au domicile conjugal et aux autres résidences de la famille, à la carrière et au travail, aux enfants, aux relations familiales et sociales, à la religion et aux relations sexuelles<sup>94</sup>.

La quatrième catégorie regroupe les dispositions à caractère organisationnel, dont l'objet serait d'établir des règles de conduite devant guider les conjoints dans leurs interactions courantes. Référons simplement aux dispositions en vertu desquelles les conjoints voudraient régir l'organisation financière et domestique de leur relation.

Enfin, la cinquième catégorie regroupe les dispositions d'ordre procédural. Pensons aux dispositions aux termes desquelles les conjoints institueraient un mécanisme de réévaluation périodique du

---

<sup>94</sup> Aux États-Unis, certaines ententes sur les rapports sexuels entre conjoints ont déjà été portées à l'attention des tribunaux : Voir d'ailleurs *Favrot v. Barnes*, 332 So. 2d 873, 875 (La. Ct. App. 1976).

contrat et à celles établissant un processus de gestion et de résolution des problèmes conjugaux et familiaux.

Sans contredit, les dispositions appartenant aux trois dernières catégories n'auraient pas vocation à être sanctionnées par les tribunaux<sup>95</sup>. En réalité, elles n'établiraient qu'une base d'organisation et de planification ou, en d'autres termes, un cadre normatif susceptible d'orienter l'interaction des conjoints et partant, d'assurer une meilleure stabilité à leur relation.

En d'autres termes, les règles émanant de ce cadre n'auraient pas pour objet de sauvegarder ou de maximiser les droits respectifs des conjoints en cas de litige devant les tribunaux, mais de mieux baliser les rapports conjugaux, de manière à prévenir le plus possible l'instabilité et les différends.

Certes, une telle perspective nécessite un élargissement considérable de la conception que l'on entretient généralement du contrat, et plus généralement, de la normativité. Comme l'explique le professeur Pierre Noreau :

«[Le droit] est ordinairement restreint aux normes établies par le législateur et exclut tous les compromis et les modèles normatifs que nous définissons pourtant à

---

<sup>95</sup> Alain Chirez qualifie les contrats sans force obligatoire de «[...] contrats dont l'inexécution n'est pas juridiquement sanctionnée.» : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 82, note 1.



tout instant, dans le cadre de nos rapports aux autres. Il s'agit évidemment d'une conception plus sociologique que juridique du droit. Mais il convient de reconnaître que les espaces de la vie individuelle se sont étendus et que nos comportements sont largement définis dans le cadre de balises comportementales que nous établissons nous-mêmes, dans nos rapports quotidiens.»<sup>96</sup>

On aura reconnu, dans les propos de Pierre Noreau, la référence implicite au pluralisme juridique, conception selon laquelle le droit ne se limite pas aux seules normes édictées ou reconnues par l'État et susceptibles d'être sanctionnées par les tribunaux<sup>97</sup>. Loin d'être un tout homogène, le droit recèle, outre le système étatique, des

---

<sup>96</sup> Pierre NOREAU, «Le droit et la famille : perspective sur l'amour, la contrainte et l'engagement», dans CONSEIL DE LA FAMILLE. Gouvernement du Québec. *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*. Québec. Publications du Québec. 1996. p. 55, à la page 64. Du même auteur, voir également *Droit préventif : Le droit au delà de la loi*. Montréal. Éditions Thémis. 1993. p. 61 et suiv. ainsi que «Droit et sociologie : pour une approche globale du droit : Contribution à la définition du concept de droit préventif», (1992) 94 *R. du N.* 403. Pour décrire le droit spontané issu des interactions humaines, le juriste autrichien Ehrlich emploie l'expression «droit vivant» («living law») : Eugène EHRlich. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge, Harvard University Press. 1936. p. 493.

<sup>97</sup> Sur le pluralisme juridique, voir notamment Jean-Guy BELLEY, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique», (1986) 18 *Sociologie et Société* 22 ; Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91 ; Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 44-50 et. du même auteur, «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle», (1986) 18 *Sociologie et Société* 53 ; Andrée LAJOIE, «Contribution à une théorie de l'émergence du droit : Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé ; de quelques définitions interreliées», (1991) 25 *R.J.T.* 103 ; Bruno OPPETIT, «L'engagement d'honneur», (1979) 17 *Recueil Dalloz Sirey* (Chronique) 107, 111 ; Peter FITZPATRICK, «Law and Societies», (1984) 22 *Osgoode Hall Journal* 115. Sur la variété des doctrines et la diversité des phénomènes de pluralisme, voir généralement Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, coll. Thémis. Paris. P.U.F., 1978. p. 208 et suiv.

ordres subsidiaires<sup>98</sup>, auquel le contrat participe en tant qu'instrument normatif autonome<sup>99</sup>.

Vouloir faire l'analyse des dispositions appartenant aux trois dernières catégories sous l'angle de la sanction judiciaire ne peut donc mener qu'à une fausse piste. La perspective normative qui les sous-tend doit s'évaluer à partir d'un autre niveau. Appartenant au domaine de l'obligation morale ou de l'engagement d'honneur<sup>100</sup>, leur force contraignante ne relève que du for intérieur<sup>101</sup>. Que des

---

<sup>98</sup> On réfère ici aux ordres juridique et normatif. Le premier, contrairement au second, implique l'existence d'une institution chargée de la définition et de la gestion de la norme. Voir à ce sujet Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91, 99. Les règles émanant du couple et de la famille s'inscriraient donc dans un ordre normatif : Pierre NOREAU, *Droit préventif : Le droit au delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 83.

<sup>99</sup> Système normatif, oui, mais non décontextualisé de la relation qu'il encadre, ce qui permet d'expliquer la norme de flexibilité dont nous avons déjà traitée et celle de la solidarité contractuelle que nous évoquons dans les lignes qui suivent (ces deux normes proviennent de la théorie de Ian R. Macneil). D'ailleurs, le professeur Belley écrit : «[...] Contrairement à la théorie juridique classique où le contrat se conçoit trop souvent comme un type de régulation autonome, la problématique sociojuridique de l'internormativité contractuelle suppose que la décontextualisation minimale sans laquelle le contrat ne peut émerger n'est jamais que relative. » : Jean-Guy BELLEY, «Le contrat comme phénomène d'internormativité», dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 195, à la page 202.

<sup>100</sup> Voir généralement Bruno OPPETIT, «L'engagement d'honneur», (1979) 17 *Recueil Dalloz Sirey* (Chronique) 107.

<sup>101</sup> Voir Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 24. Voir également Nabil N. ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 188. Sur la place du respect de la parole donnée en droit positif, voir Jacques GUESTIN, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 135. Sur la force régulatrice de l'obligation morale et les conséquences qui résultent du manquement de s'y conformer («The ultimate sanction of all morality is a subjective feeling in our minds.»), voir la théorie de John Stuart Mill

obligations ne soient pas produites ni sanctionnées par l'État ne leur enlève pas, cependant, leur valeur et leur force régulatrice<sup>102</sup>.

En somme, les conjoints respecteront l'entente à laquelle ils ont expressément souscrit, non parce qu'ils craignent une sanction judiciaire, mais parce qu'ils souhaitent satisfaire à leurs obligations morales et partant, préserver leur relation commune<sup>103</sup>. Si, par hypothèse, un conjoint en recherchait la sanction judiciaire<sup>104</sup>, il confirmerait, par ses agissements, que l'objectif n'a

---

présentée dans Peter Michael Stephen HACKER. «Sanction Theories of Duty», dans Alfred William Brian SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> Series, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 131, à la page 148 et suiv., particulièrement à la page 150. Voir cependant les propos de Hacker aux pages 153-154.

<sup>102</sup> Claude NÉLISSE. «Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique», (1992) 23 *R.D.U.S.* 270, 279.

<sup>103</sup> Puisqu'il cherche d'abord à orienter des comportements, le contrat conjugal, en tant que système normatif, s'articule à l'intérieur de ce que Pierre Noreau appelle le droit préventif : Pierre NOREAU, *Droit préventif : Le droit au delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 84 et suiv.

<sup>104</sup> Évidemment, il ne pourrait ici s'agir que d'une sanction par équivalent. En raison de la nature particulière de ces obligations conjugales, il semble pour le moins irréaliste de croire qu'un tribunal ordonnerait à un conjoint d'exécuter la prestation en nature, d'où la maxime latine *nemo praecise potest cogi ad factum*. Voir Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, pp. 635-642. Et là encore, le tribunal saisi par le conjoint refuserait probablement de prononcer quelle que sanction que ce soit. Bruno OPPETIT écrit : «[...] certaines relations humaines, par leur nature même ainsi que par la qualité ou les liens de leurs protagonistes, paraissent devoir échapper totalement à l'emprise du droit, ce qui expliquerait que les engagements s'y rapportant n'y soient pas sanctionnés et n'y relèvent que des simples devoirs de conscience. Il en irait ainsi [...] de certains rapports familiaux.». Et quoiqu'il en soit, ajoute l'auteur, «[...] les tribunaux paraissent portés à refuser toute valeur juridique aux engagements d'honneur intervenus dans un tel contexte, sur la considération, parfois d'ailleurs sous-jacente à la décision et non formulée explicitement, que l'intention affirmée des parties de ne se lier que sur l'honneur se trouve corroborée par la nature de leurs

pas été atteint<sup>105</sup>.

Soit, l'obligation morale peut apparaître aux yeux de certains comme une garantie faible. Peut-être est-ce le cas dans les relations contractuelles impersonnelles qui n'ont pas vocation à se poursuivre sur une longue période de temps. Cependant, dans une relation aussi étroite que la relation conjugale, l'obligation morale a sans doute un effet plus déterminant<sup>106</sup>.

D'ailleurs, dans sa théorie sur le contrat, le professeur Ian R. Macneil reconnaît l'importance de la «solidarité contractuelle» («contractual solidarity»), norme suivant laquelle les parties engagées dans une relation appelée à se poursuivre dans le futur,

---

rapports.» : voir Bruno OPPETIT, «L'engagement d'honneur», (1979) 17 *Recueil Dalloz Sirey* (Chronique) 107, 108-109. Voir aussi ce qu'écrit l'auteur à la page 112. Voir enfin Jean CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1992, p. 33.

<sup>105</sup> Il est somme toute difficile d'imaginer qu'une disposition appartenant à l'une ou l'autre de ces catégories puisse un jour être portée à l'attention des tribunaux. En ce sens, Karl Fleishmann écrit : «I cannot foresee a court would ever have the occasion to "enforce" most of the provisions which a comprehensive marriage contract should contain. Can you see a husband suing her wife to get her to do the dishes, or a wife trying to obtain relief from her husband's insistence that she take birth control pills?» : Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 37. Voir également Margaret SOKOLOV, «Marriage Contracts for Support and Services : Constitutionality Begins at Home», (1974) 49 *Harvard Law Review* 1161, 1171-1172 et 1243 et Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1230.

<sup>106</sup> Voir d'ailleurs Ejan MACKAAY, «L'ordre spontané comme fondement du droit : un survol des modèles d'émergence des règles dans une communauté civile», (1988) 22 *R.J.T.* 349, 364-365.

pour une durée indéterminée (échange relationnel), sont naturellement amenées à adopter des comportements susceptibles de contribuer au maintien de leur relation. À l'opposé, la norme de solidarité contractuelle serait peu présente dans les échanges de type transactionnel, où les liens entre les parties sont canalisés dans un contrat qui ne fait que constater l'exécution de prestations<sup>107</sup>.

Qui plus est, en explicitant leur entente noir sur blanc, dans un document solennel habituellement réservé au domaine de la contrainte, les conjoints manifesteront leur intention de se lier formellement et de respecter leur parole et leur signature<sup>108</sup>. Autrement dit, la forme contractuelle leur permettra de renforcer mutuellement leur sentiment d'engagement<sup>109</sup>. Lenore J. Weitzman

---

<sup>107</sup> Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, London, Yale University Press, 1980, p. 52. Reconnaisant la valeur de cette norme en matière conjugale, Elizabeth S. Scott et Robert E. Scott écrivent : «The intimate character of the relationship and the iterated nature of the interactions will influence the spouses to develop reciprocal patterns of cooperation over time. The pervasive social norm of reciprocity is particularly relevant to long term interactions, offering a particularly stable foundation for an evolving pattern of conditional cooperation» : Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1285.

<sup>108</sup> «Pour prendre sa dimension d'engagement, écrit le professeur Guy Raymond, la parole a souvent besoin d'être formalisée» : Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 73.

<sup>109</sup> Les notaires ne commencent-ils pas d'ailleurs à reconnaître l'importance de l'obligation morale en matière matrimoniale? Depuis quelques années, plusieurs conseillent aux conjoints d'intégrer dans leur contrat de mariage un engagement à orienter vers la médiation familiale les différends qui pourraient les opposer lors de la rupture. Certes, une telle clause ne pourrait être sanctionnée par les tribunaux : un conjoint ne pouvant vraisemblablement forcer judiciairement l'autre à se soumettre à la médiation, un

écrit d'ailleurs :

«Obviously, the existence of a contract cannot ensure its fulfillment, nor can it guarantee a happy and stable relationship. However, one who agree in writing to perform certain duties is likely be willing in fact to perform those duties, just as one who publicly expresses an attitude is likely to behave a manner consistent with that attitude.»<sup>110</sup>

On reconnaîtra ici l'une des fonctions du formalisme contractuel identifiées par le juriste américain Lon L. Fuller. Selon Fuller, le formalisme ne sert pas qu'à traduire l'entente des parties en termes appropriés («channeling function») et à en faciliter la preuve au moment opportun («evidentiary function»). Le formalisme a également pour objectif de conscientiser les partenaires au sérieux de leur engagement et partant, à cristalliser leur sentiment

---

processus par essence volontaire. Voir Alain ROY, «Des contrats de mariage innovateurs», (1995) 98 *R. du N.* 64, 85-89 ; Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, «Droit actuel et nouveau droit : le point sur le patrimoine familial et les conventions matrimoniales», (1992) 2 *C.P. du N.* 1, 56 ; Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Formulaire - Document 1.1, Montréal, 1996, p. 4.

<sup>110</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 233. Au même effet, voir J. GIBSON WELLS, «A Critical Look at Personnal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator*, 33, 36-37. Voir également André CHAPELLE, «Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale», (1984) 83 *Rev. tr. dr. civ.*, 411, 412-413 ; James CRENSHAW, «A Blueprint for Marriage : Psychology and the Law Join Forces», (1962) 48 *American Bar Association Journal* 125 ; Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 37. Voir aussi Bruno OPPETIT, «L'engagement d'honneur», (1979) 17 *Recueil Dalloz Sirey* (Chronique) 107, 109.

d'obligation («cautionary function»)<sup>111</sup>. Cette considération devrait se vérifier dans tous les cas, sans égard au caractère sanctionnable du contrat<sup>112</sup>.

L'objection à la régulation contractuelle de la relation conjugale fondée sur l'effet problématique d'une sanction judiciaire sur le déroulement harmonieux des rapports conjugaux ne résiste donc pas à l'analyse approfondie des dispositions appelées à meubler le contrat conjugal. D'une part, la réalité conjugale nous amène à croire que la sanction des dispositions appartenant aux deux premières catégories identifiées n'interviendra que lorsque la relation sera déjà compromise, si telle hypothèse devait se produire. D'autre part, une conception élargie du contrat, de la normativité et plus généralement du droit, nous amène à rejeter toute analyse des dispositions appartenant aux trois dernières catégories sous l'angle de la sanction judiciaire.

---

<sup>111</sup> Lon L. FULLER, «Consideration and Form», (1941) 41 *Colum. Law Rev.* 799. Voir également Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 106, 108 et 109 et Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 28.

<sup>112</sup> Alain Chirez affirme d'ailleurs que le contrat est avant tout un instrument de contrainte psychologique : «[l]a force obligatoire des conventions - car il nous semble indispensable de continuer de parler de force obligatoire - ne repose pas seulement sur une contrainte juridique possible en cas d'inexécution, mais d'abord sur une contrainte psychologique liée au sentiment de l'obligation. Le contrat est un instrument de contrainte psychologique avant d'être un moyen de contrainte juridique.» : Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977, p. 82.

## **Conclusion du chapitre**

Ce chapitre nous aura permis de réfuter ou, à tout le moins, d'amoindrir la valeur des arguments qu'on oppose traditionnellement à la faisabilité de la régulation contractuelle de la relation conjugale.

D'abord, la relation conjugale comporte désormais des caractéristiques qui la rendent davantage compatible avec le processus contractuel. Le couple se compose de deux individus juridiquement et institutionnellement égaux dont les rapports s'inscrivent dans une dynamique de réciprocité. Contrairement aux préjugés traditionnellement véhiculés, la relation conjugale s'inscrit rarement, sinon jamais, dans la seule économie du don. Elle constitue un échange où chacun doit trouver son compte. Et même s'il peut paraître incongru de parler de négociation dans le cadre d'une relation aussi intime que la relation conjugale, la négociation constitue le processus qui permet aujourd'hui aux conjoints d'organiser les différents aspects de leur relation. Voilà autant de caractéristiques qui rapprochent la relation conjugale de la rationalité contractuelle.

Par ailleurs, la conception du contrat a également évolué au cours des dernières années. Les récentes critiques adressées à la théorie classique du contrat nous permettent d'aborder le processus contractuel avec une perspective renouvelée. Ainsi, le contrat peut-



il être autre chose qu'un acte établi par méfiance imposant un cadre rigide porteur de sanctions judiciaires. On peut avantageusement le concevoir comme une plate-forme d'organisation souple et flexible, susceptible de favoriser la communication entre les conjoints et de consolider leur confiance mutuelle.

Il devient donc de plus en plus difficile de nier sans réserve la faisabilité pratique du contrat conjugal. Il faut désormais aller au-delà des réflexes traditionnels et envisager l'hypothèse de façon rationnelle, en prenant acte de toutes les considérations nécessaires à l'analyse.

## **CHAPITRE 2**

### **LA LÉGITIMITÉ DU CONTRAT CONJUGAL**

Au-delà de la faisabilité pratique de la régulation contractuelle de la relation conjugale, il est nécessaire de s'interroger sur la légitimité d'une telle hypothèse. Dans le contexte social actuel, serait-il légitime d'aborder la relation conjugale sous l'angle du contrat? En d'autres termes, pourrait-on socialement justifier une remise en cause du contrôle législatif actuellement en place au profit d'une plus grande utilisation du cadre contractuel?

Pour les fins du présent chapitre, nous traiterons de la question de la légitimité sous trois angles différents. Nous nous intéresserons d'abord à la morale matrimoniale (section 1). À cet effet, nous nous interrogerons à savoir s'il serait socialement légitime de remplacer la morale publique matrimoniale présentement imposée par la loi par autant de morales privées tirant leur origine d'ententes particulières. Certes, cette question pourrait faire l'objet de multiples développements. Nous avons toutefois choisi d'y répondre en procédant à l'analyse d'un devoir hautement symbolique de la morale matrimoniale, c'est-à-dire le devoir de fidélité.

Nous aborderons ensuite la question de la légitimité sous l'angle de la justice matrimoniale (section 2). Puisque c'est lors de la dissolution du mariage que la question se pose avec le plus d'acuité, nous tenterons de déterminer s'il serait légitime d'envisager le divorce des conjoints sans l'intervention systématique du tribunal. Autrement dit, nous nous demanderons dans quelle mesure une plus grande contractualisation du divorce serait acceptable.

Enfin, nous nous pencherons sur le cadre régissant les rapports économiques entre conjoints (section 3). Il s'agira de déterminer si les obligations de nature économique actuellement imposées à tous les couples mariés aux termes du régime primaire sont socialement adaptées et correspondent véritablement aux nouvelles valeurs matrimoniales ou si au contraire, on n'aurait pas avantage, en cette matière, à promouvoir le contrat comme principal mode de régulation.

Nous terminerons le chapitre par une synthèse des approches théoriques supportant la rationalité contractuelle du mariage tant au niveau socio-culturel qu'économique (section 4).

#### **SECTION 1 : CONTRAT ET MORALE MATRIMONIALE : ANALYSE CRITIQUE DU DEVOIR LÉGAL DE FIDÉLITÉ**

Fondée sur la conception judéo-chrétienne du mariage, la législation québécoise a toujours assujéti les conjoints mariés à un devoir de

fidélité<sup>1</sup>. Jusqu'au début des années '60, on considérait la fidélité comme une obligation matrimoniale socialement incontournable. Tout manquement soulevait la réprobation ou l'indignation de la société<sup>2</sup>.

En outre, l'adultère constituait la seule et unique cause donnant ouverture au divorce et à la séparation<sup>3</sup>. Incidemment, comme nous l'avons vu, le législateur réprimandait sévèrement le conjoint infidèle en accordant au tribunal le pouvoir de considérer l'adultère dans la détermination du montant de la pension alimentaire et dans l'attribution de la garde des enfants. Cette sanction avait notamment pour objectif «[...] [d']atténuer le trouble apporté par le divorce à l'ordre social»<sup>4</sup>. Qui plus est, on se souviendra qu'avant la réforme du droit de la famille de 1980, les enfants issus d'un acte d'adultère se voyaient attribuer un statut juridique inférieur. Les conséquences de la faute matrimoniale s'étendaient donc au-delà du seul conjoint responsable.

Qu'en est-il aujourd'hui? L'infidélité d'un conjoint suscite-t-elle

---

<sup>1</sup> *Supra*, §1, section 1, chapitre 1, partie 1. Pour une perspective économique de la régulation étatique des comportements sexuels, voir Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5<sup>e</sup> éd., Boston, Little, Brown and Company, 1998, pp. 173-176.

<sup>2</sup> Voir Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 148.

<sup>23</sup> *Supra*, §2, section 1, chapitre 1, partie 2.

<sup>4</sup> René SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 50.

toujours l'opprobre social? Certes, on se désolera généralement d'un tel geste s'il est source de souffrances morales pour l'autre ou s'il est à l'origine d'une rupture impliquant des enfants, mais il s'agira généralement d'une simple observation plus ou moins détachée et non d'une réprobation fondée sur des convictions profondes. Au fil du temps, la fidélité conjugale semble devenue une affaire purement privée qui ne concerne que les principaux intéressés<sup>5</sup>. Bref, si l'infidélité d'un conjoint risque de remettre en cause l'existence du couple auquel il appartient, elle ne semble plus représenter une menace à l'ordre social<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> «[...] la violation de ce devoir [la fidélité] ne concerne plus la société, mais seulement l'époux bafoué.» : Ève MATTEI, «L'état matrimonial», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 75, à la page 84. Au même effet, le professeur Pineau rapporte les propos d'un auteur belge sur l'ordre public dans les relations de famille et particulièrement, sur le devoir de fidélité : «[...] l'auteur du rapport belge s'interroge sur un éventuel affaiblissement de l'obligation de fidélité, à l'occasion de deux arrêts de la Cour de cassation, dans le cadre d'un concubinage adultère, qui lui font se demander si l'adultère ne passerait pas dans le domaine du droit fondamental au respect de la vie privée, c'est-à-dire de la liberté en matière affective et sexuelle, protégé par l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*.» : Jean PINEAU, «L'ordre public dans les relations de famille», (1999) 40 *C. de D.* 323, 327. Voir également Marie-Thérèse CALAIS-AULOY, «Pour un mariage aux effets limités», (1988) 87 *Rev. tr. dr. civ.* 255, 257-258. Pour une perspective différente, voir : Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1290.

<sup>6</sup> Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 71 ; Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 122. Il semble que la tolérance en matière sexuelle ait parfois justifié la reconnaissance, par les tribunaux français, de certains effets de mariages polygames validement célébrés à l'extérieur de la France. Selon Alain et Jacqueline Pousson, cette tolérance démontre une régression des tabous sexuels sur plusieurs plans : Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 153 et suiv.

Le législateur lui-même paraît avoir été influencé par l'évolution des perceptions à cet égard. À preuve, les conséquences juridiques de l'infidélité ont été fortement diluées depuis les quarante dernières années. Non seulement le tribunal appelé à prononcer le divorce ne peut plus juger des questions de pensions alimentaires et de garde à la lumière de l'adultère mais au surplus, les enfants nés de l'infidélité d'un conjoint ne sont plus juridiquement pénalisés en raison des circonstances de leur naissance. Comme l'écrit le professeur Xavier Labbé :

«La fidélité n'est plus la source de la légitimité : dépouillé de ses incidences sur la filiation, l'adultère est fatalement moins ressenti comme une faute contre l'ordre social, que comme une faute à l'encontre du conjoint.»<sup>7</sup>

Par ailleurs, le législateur considère la connivence des conjoints en matière d'adultère comme un empêchement au divorce<sup>8</sup>. Ainsi, dans la mesure où un conjoint a encouragé activement l'adultère de l'autre, par intérêt économique ou par «immoralité», il ne pourra pas demander le divorce sur cette base<sup>9</sup>.

Or, si l'adultère était intrinsèquement inacceptable, on peut

---

<sup>7</sup> Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 71.

<sup>8</sup> *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 11(1)c).

<sup>9</sup> Pensons simplement aux couples échangistes.

présumer que le législateur en aurait fait une cause péremptoire de divorce, et ce, indépendamment du comportement des conjoints. En d'autres termes, si l'infidélité est une insulte au droit de la famille et une menace à la stabilité sociale, on devrait la sanctionner dans tous les cas, même lorsqu'elle est partagée ou tolérée par l'autre conjoint<sup>10</sup>. En se préoccupant du contexte de l'adultère et du comportement des conjoints pour en juger la gravité et en déterminer les conséquences juridiques, le législateur fait preuve d'une ouverture beaucoup plus grande que par le passé<sup>11</sup>.

En outre, le législateur reconnaît que le devoir de fidélité n'aura pas la même intensité suite au jugement de séparation de corps, bien qu'un tel jugement ne rompt nullement le lien matrimonial. Ainsi, depuis 1981, la loi écarte la présomption légale de paternité lorsqu'un enfant naît plus de trois cents jours après le jugement

---

<sup>10</sup> Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 76. En France, une cour d'appel a d'ailleurs fait état des accords entre époux relativement à la liberté sexuelle de chacun pour refuser de prononcer le divorce pour faute, renvoyant les époux à un divorce d'accord : voir Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 122, note 2. D'autre part, certains prétendent que les tribunaux pourraient refuser de prononcer le divorce sur la base de l'adultère d'un époux, en raison des fautes que l'autre époux aurait lui-même commise. Alain et Jacqueline Pousson écrivent en ce sens : «[l]a demande en divorce peut être repoussée par les magistrats s'il leur apparaît que l'adultère commis par l'un des époux s'explique et s'excuse par certains comportements imputables à son conjoint. Un époux peut avoir été contraint de rechercher au loin l'affection qui lui était refusée au domicile.» : Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990. Pour une opinion plus nuancée sur l'exception d'inexécution relativement à l'obligation de fidélité, voir les propos du professeur Labbée, dans l'ouvrage précité, aux pages 79-80.

<sup>11</sup> Voir d'ailleurs, Jean PINEAU, «L'ordre public dans les relations de famille», (1999) 40 *C. de D.* 323, 333.

prononçant la séparation de corps, sauf s'il y a eu reprise volontaire de la vie commune avant la naissance<sup>12</sup>. Le législateur admet donc, de manière indirecte, un certain relâchement du devoir de fidélité, alors même que les conjoints sont toujours mariés.

Dans le même ordre d'idées, il n'est pas inintéressant de référer à la jurisprudence française qui reconnaît également un certain relâchement de l'obligation de fidélité durant les procédures de divorce. Bien que la loi française, comme la loi québécoise d'ailleurs, impose l'obligation jusqu'à la dissolution du mariage, sans faire de distinction, les tribunaux français ont affirmé que «[...] le devoir de fidélité est nécessairement moins contraignant du fait de la longueur de la procédure»<sup>13</sup>.

De ces différents constats, le professeur Labbée tire les conclusions suivantes :

«Il nous semble bien qu'aujourd'hui, la tendance est de

---

<sup>12</sup> C.c.Q., art. 525 al. 2. Avant 1981, voir C.c.B.C., art. 218, abrogé aux termes de l'article 14 de la *Loi instituant au nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

<sup>13</sup> Voir le commentaire de Jean HAUSER intitulé «Divorce pour faute : les degrés du mariage ou faut-il abroger l'article 260 du Code civil?», (1994) 93 *Rev. tr. dr. civ.* 571. Par ailleurs, une certaine jurisprudence française semble considérer que, dès l'instant où les époux ont convenu de vivre séparément, l'un ne peut plus reprocher à l'autre un manquement à une obligation [la fidélité] que leur accord mutuel a suspendu. La faute se trouverait alors à être évacuée par le «mutus dissensus». Voir Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*. Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 249 et suiv. et la jurisprudence citée par les auteurs.



considérer que le devoir de fidélité est strictement privé : les époux, en se mariant, ne s'engagent pas envers la société à une règle de conduite parfaite. L'engagement au devoir de fidélité est purement bilatéral. L'infidélité est devenue une affaire strictement privée... et du coup le devoir apparaît comme essentiellement contractuel.»<sup>14</sup>

Dans la mesure où le devoir d'infidélité n'est plus justifié par des considérations d'ordre social, pourquoi donc le maintenir au rang des devoirs uniformément imposés aux conjoints? S'il s'agit d'une affaire privée qui ne regarde que les conjoints, pourquoi ne pas laisser ceux-ci disposer librement de la question?

Soit, dans la société québécoise, comme dans les autres sociétés occidentales, une majorité de personnes refuseront toujours de dissocier mariage et fidélité, en raison de leurs convictions amoureuses, morales ou religieuses<sup>15</sup>. À leurs dires, l'amour qui fonde l'union ne pourra jamais se développer et s'épanouir à travers l'infidélité. Comme l'expriment les anthropologues Georges et Nena O'Neill :

«Amour, sexualité et jalousie semblent à la plupart des couples, une triade parfaitement naturelle et même inévitable, associée intimement au mariage

---

<sup>14</sup> Xavier LABBÉE. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris. Presses Universitaires du Septentrion. 1996. p. 81.

<sup>15</sup> Sur les rapports complexes qu'entretiennent droit et morale, en matière familiale, voir Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Éditions Bayard, 1999, p. 19 et suiv.

contemporain.»<sup>16</sup>

Cela dit, certains couples conviennent dans les faits d'adopter des comportements qui dérogent aux prescriptions officielles et généralement admises<sup>17</sup>. Certes, on peut demeurer sceptiques quant à la profondeur et la viabilité des rapports conjugaux marqués par l'infidélité<sup>18</sup>, mais il ne nous revient pas de juger ou de condamner l'entente intervenue entre deux personnes majeures capables de mesurer toutes les conséquences de leurs décisions. Si des conjoints se réalisent à travers une entente semblable, n'est-ce pas leur affaire<sup>19</sup>?

---

<sup>16</sup> Nena O'NEILL et Georges O'NEILL, *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, p. 220. Voir aussi à la p. 237. La professeure Monique Ouellette estime pour sa part que le devoir de fidélité participe de l'essence même du mariage : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 135.

<sup>17</sup> Certains s'interrogent même sur le réalisme d'une norme de fidélité dans le couple : «La monogamie sexuelle fournit-elle, oui ou non, une norme réaliste et applicable dans une société aussi diverse et pluraliste que la nôtre, où la durée de vie s'allonge, et où les hommes et les femmes s'adaptent constamment à des situations nouvelles?» Nena O'NEILL et Georges O'NEILL, *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, p. 227.

<sup>18</sup> Voir Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 224. Voir également Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 135.

<sup>19</sup> Voir d'ailleurs Nena O'NEILL et Georges O'NEILL, *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, à la page 238. Voir également Bernard LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, P.U.F., 1988, aux pp. 116-117.

Certains pourraient prétendre que la fidélité conjugale est nécessaire au bien-être des enfants du couple. Un parent infidèle, argueront-ils, est nécessairement moins accessible qu'un parent fidèle. Peut-être est-ce le cas, mais s'il faut imposer la fidélité pour assurer la disponibilité des parents, il faudrait aussi leur interdire de travailler en soirée et durant les fins de semaine!

À notre avis, le législateur devrait retirer au devoir de fidélité son caractère d'ordre public. Il revient aux conjoints d'établir les valeurs auxquelles ils souscrivent en cette matière. Et s'ils optent pour un mariage infidèle, en s'interdisant mutuellement d'invoquer l'adultère comme motif au divorce, pourquoi ne pas donner effet à la volonté librement exprimée? En d'autres termes, pourquoi ne pas faire de l'entente des conjoints une fin de non-recevoir au divorce, au même titre que la connivence? Accorder aux conjoints la liberté d'établir leur degré d'ouverture face aux échanges extra-conjugaux et donner effet à la volonté exprimée à toutes fins que de droit, voilà donc la thèse que nous préconisons.

Dans cette hypothèse, le contrat conjugal pourrait s'avérer d'une utilité certaine, puisqu'il permettrait aux conjoints d'exprimer sous forme d'engagement réciproque les attentes qu'ils entretiennent sur le sujet<sup>20</sup>. Rappelons cependant qu'on aborde ici un aspect très

---

<sup>20</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 273-274 et p. 436 ; Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 221-222 ; Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract :

particulier du mariage sur lequel certains couples refuseront catégoriquement de se pencher<sup>21</sup>. Le seul fait de vouloir expliciter la question, d'une façon ou d'une autre, risque d'entrer en contradiction directe avec leur conception du mariage et de la sexualité. En somme, la fidélité peut apparaître à ce point inhérente au mariage qu'on considérera inconvenante toute allusion pouvant laisser croire qu'il ne s'agit que d'un objet de négociation parmi les autres.

## SECTION 2:     CONTRAT ET JUSTICE MATRIMONIALE : ANALYSE CRITIQUE DES REGLES RÉGISSANT LA DISSOLUTION DU MARIAGE

Aux termes de la loi, seul le tribunal est compétent pour prononcer le divorce des conjoints et statuer sur les mesures accessoires qui l'accompagnent<sup>22</sup>. Il s'agit d'une juridiction d'ordre public à laquelle

---

Defining the Terms of Relationship». (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 31 ; Evita M. ROCHE. «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, p. 81, aux pp. 123-124; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD. «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 222 ; voir également Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 177 et Roger GÉRAUD, *Le mariage et la crise du couple*, Paris, Marabout, 1973, p. 75 et suiv.

<sup>21</sup> Evita M. ROCHE. «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONDS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, à la page 123.

<sup>22</sup> Au Québec, le tribunal compétent est la Cour supérieure : *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 2(1), al. 18(b). Voir également *Droit de la famille-1457*, [1991] R.D.F. 655 (C.S.). Voir finalement Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 166-167.

nul ne peut se soustraire<sup>23</sup>. Commentant le droit français, similaire au droit québécois sur ce point, le professeur Alain Bénabent écrit :

«Dans les principes, le lien matrimonial est obligatoire et, s'il peut être rompu ou relâché pour certaines causes, il n'appartient pas à un époux d'en décider. Les conjoints n'ont ni individuellement ni même ensemble le pouvoir de rompre le lien matrimonial, non plus que celui de le vider de son contenu.»<sup>24</sup>

Il ne faut pas croire pour autant qu'un divorce implique nécessairement la tenue d'un débat contradictoire<sup>25</sup>. Depuis 1986, il est possible pour les conjoints d'obtenir le divorce, sans avoir à s'accuser d'une faute matrimoniale. Le simple fait pour eux d'avoir vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé du jugement constitue un motif suffisant<sup>26</sup>. Dans un très grand nombre d'affaires, la cause du divorce ne fait donc l'objet d'aucune contestation formelle.

---

<sup>23</sup> *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 3(1) et 4(1). Voir également C.c.Q., art. 2639.

<sup>24</sup> Alain BÉNABENT, «La liberté individuelle et le mariage», (1973) 71 *Rev. trim. dr. civ.* 440, 486-487.

<sup>25</sup> Dans un texte écrit en 1992, Jean-Pierre Senécal, aujourd'hui juge à la Cour supérieure, affirmait que 85% des affaires matrimoniales procèdent sans contestation : Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 147.

<sup>26</sup> *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 8(2)a) et 8(3). Notons que pour invoquer ce motif, les époux doivent également vivre séparément à la date d'introduction de l'instance en divorce.

Au plan des mesures accessoires, le tribunal ne jouera un rôle actif que s'il doit trancher entre des prétentions ou intérêts divergents. Dans les autres cas, soit lorsque les époux ont réglé toutes les conséquences de leur rupture, notamment aux termes d'un projet d'accord, le tribunal n'exercera qu'un rôle passif. Il lui reviendra de vérifier si les parties ont donné un consentement libre et éclairé aux ententes intervenues et de s'assurer que telles ententes préservent suffisamment leur intérêt respectif et celui de leurs enfants<sup>27</sup>. Ces vérifications effectuées, le tribunal homologuera l'accord des conjoints afin de lui donner effet<sup>28</sup>.

Deux questions doivent ici être soulevées. *Primo*, dans la mesure où les deux conjoints souhaitent rompre le lien matrimonial, est-il vraiment nécessaire de maintenir l'exigence légale du délai d'un an d'absence de vie commune aux fins d'obtenir le divorce? *Secondo*, l'intervention du tribunal est-elle réellement justifiée dans tous les cas?

En exigeant l'écoulement d'un délai d'un an depuis la cessation de vie commune, le législateur cherche manifestement à imposer aux

---

<sup>27</sup> C.c.Q., art. 495 et 517 ; C.p.c., art. 822 et suiv.

<sup>28</sup> Voir particulièrement C.p.c., art. 825. Sur la portée exacte des différentes dispositions contenues au projet d'accord, voir Jean-Pierre SENÉCAL. «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131.

conjoint une période de réflexion<sup>29</sup>. Une telle période se justifie sans doute lorsqu'un seul d'entre eux estime le projet marital compromis. L'autre conjoint pourrait tenter, dans l'intervalle, de «recoudre» le couple<sup>30</sup>. Nous avons toutefois beaucoup de difficulté à concevoir l'utilité d'une période de réflexion, quelle qu'elle soit, lorsque les deux conjoints, d'un commun accord, souhaitent mettre un terme à la vie commune.

Si le projet marital est compromis dans l'esprit des deux conjoints, il y a fort à parier que toutes les tentatives de réconciliation ont déjà été épuisées. Autrement dit, les réflexions que les conjoints doivent mener avant d'enclencher le processus auront eu lieu avant l'introduction des procédures. Dans ces conditions, tout intervalle nous apparaît futile. Nous admettrions donc le divorce sur consentement mutuel des conjoints<sup>31</sup>, sans exiger l'écoulement de

---

<sup>29</sup> Par analogie, voir les observations du professeur Labbée dans Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 95. Sur les fins du délai, voir également Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 Virginia Law Review 1225, 1282-1283.

<sup>30</sup> Reste à savoir si la durée du délai actuellement imposé n'est pas un peu excessive. Il nous semble personnellement que le délai d'un an pourrait être réduit au moins de moitié.

<sup>31</sup> Il s'agit indéniablement d'une forme de divorce purement contractuel. On le définit comme étant celui «[...]fondé sur une cause secrète, indéterminée, pour lequel les époux disposent d'une dispense légale de motivation.» : Jacqueline BOUTON, «Le démariage», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 90, à la p. 102 et suiv.

quelque délai que ce soit<sup>32</sup>.

Qu'en est-il maintenant de la juridiction obligatoire du tribunal? Pour répondre à cette question, nous croyons nécessaire de distinguer deux éléments généralement confondus dans le jugement de divorce. D'abord la rupture du lien matrimonial à proprement parler et ensuite, les mesures accessoires qui accompagnent cette rupture.

À notre avis, la décision de rompre le lien matrimonial ou, en d'autres termes, la décision de divorcer ne devrait nécessiter l'intervention du tribunal que si elle est fondée sur un motif autre que le consentement mutuel.

Dans la mesure où les deux époux consentiraient mutuellement et

---

<sup>32</sup> L'introduction du divorce par consentement mutuel permettrait de faire directement ce que plusieurs conjoints font déjà indirectement. Commentant le droit du divorce en France où le divorce par consentement mutuel n'a été admis qu'en 1975, (le divorce par consentement mutuel a d'abord été institué en 1792, pour disparaître sous la Restauration et pour reprendre finalement vie aux termes de la loi du 11 juillet 1975), le doyen Savatier écrivait en 1963 : «[l]e divorce par consentement mutuel demeure proscrit en France officiellement. Mais cette proscription ne le gêne guère. Il est si facile, quand les époux sont d'accord, d'organiser une petite comédie, dont, au fond, les tribunaux ne seront pas dupes, mais qu'ils n'auront aucun moyen, ni d'ailleurs, parfois, aucun désir de dénoncer.» On présume que la même observation vaut tout autant en ce qui concerne le droit du divorce canadien : René SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 61. Dans le même sens, voir Irène THÉRY, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, pp. 73-74. Sur les conditions relatives au divorce par consentement mutuel dans le droit français actuel, voir Jacqueline BOUTON, «Le démariage», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 90, à la page 102 et suiv. Pour un aperçu sommaire des législations sur le divorce par consentement mutuel dans l'histoire du droit français, voir Claude LIENHARD, *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, Paris, Economica, 1985, p. 3 et suiv.



valablement au divorce, comment pourrait-on réellement justifier le recours au tribunal? Quel serait au juste l'objet du contrôle judiciaire? En réalité, le tribunal n'aurait qu'à prendre acte d'une décision commune des époux, sans pouvoir valablement en questionner le bien-fondé<sup>33</sup>. Selon nous, d'autres que le tribunal peuvent remplir cette fonction, davantage administrative que judiciaire.

Certes, le divorce en tant que tel devrait être porté à la connaissance des tiers, de la même façon que les autres éléments qui concernent l'état civil d'une personne. Mais il n'est nullement nécessaire de recourir au tribunal pour assurer la simple publicité du divorce. Il suffirait de soumettre les époux à l'obligation de se présenter devant un officier public et d'échanger devant lui leur volonté conjointe de divorcer<sup>34</sup>. Un acte de divorce pourrait ensuite

---

<sup>33</sup> À propos du divorce par consentement mutuel, admis en France depuis 1975, Irène Théry écrit d'ailleurs : «[...] l'essentiel se passe dans le cabinet de l'avocat et l'audience devient une simple formalité.» : Irène THÉRY, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 171.

<sup>34</sup> Une réflexion similaire semble prendre forme en France : Jacqueline BOUTON, «Le démariage», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 90, aux pages 96 et 108. Pour des motifs qu'elle n'explicite et nuance aucunement, l'auteure exprime cependant son désaccord avec la proposition. Le professeur Guy Raymond dénonce également la proposition puisqu'à ses dires, le divorce n'est jamais une simple formalité dont la société doit prendre acte, sans plus : Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 143 et pp. 153-157. Quant à la sociologue française Irène Théry, elle soulève la question de la façon suivante : «[a]ller au tribunal s'impose-t-il dans tous les cas, même quand la séparation n'implique aucun conflit de droit, aucune règle d'ordre public? La question a été soulevée dans d'autres pays à propos des divorces d'accord sans enfants, pour lesquels on voit mal quel est l'enjeu judiciaire. Ne pourrait-il pas être administratif, comme l'est le mariage? Et les autres divorces d'accord? Le débat mérite d'être lancé.» : Irène THÉRY, *Le démariage*,

être intégré au registre de l'État civil et communiqué aux tiers qui en feraient la demande<sup>35</sup>.

En ce qui concerne les mesures accessoires du divorce, l'intervention judiciaire ne nous paraît nécessaire et justifiée que si des enfants sont en cause. À notre avis, seul le tribunal peut objectivement préserver l'intérêt et les droits des enfants. En toute hypothèse, ceux-ci demeurent des tiers à la rupture conjugale et il est légitime qu'on leur assure une protection judiciaire, et ce, quel que soit le degré d'entente des conjoints. Par ailleurs, la seule présence d'enfants est de nature à fausser la négociation entre les époux. En effet, le désir de l'un d'en obtenir la garde pourrait l'amener à faire des concessions d'ordre économique et à transformer l'enfant en monnaie d'échange, ce qui nous apparaît

---

Paris, Odile Jacob, 1993, p. 389. Pour une opinion favorable, voir également Bertrand LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, P.U.F., 1988, p. 101. Aux États-Unis également, certains ont également soulevé l'opportunité d'un divorce non judiciaire : Eric RASMUSEN et Jeffrey EVANS STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance : Personalizing the Marriage Contract», (1998) 73 *Indiana Law Journal* 453, 474-475. Il faut noter qu'une forme de divorce dit «administratif» a déjà existé dans l'ancienne U.R.S.S. Le Japon accepte également le divorce sur consentement mutuel, depuis 1898, sans contrôle judiciaire : Jean PINEAU, «L'ordre public dans les relations de famille», (1999) 40 *C. de D.* 323, 338.

<sup>35</sup> Au Québec, cet officier public pourrait être le notaire. Le notaire n'aurait qu'à transmettre une déclaration de divorce au Directeur de l'État civil, lequel pourrait ensuite dresser l'acte de divorce devant faire partie du registre de l'état civil. Il s'agirait d'un processus équivalent à celui qui existe en matière de mariage. Conformément aux articles 108 et 118 à 121 du *Code civil du Québec*, le célébrant (prêtre ou greffier) achemine la déclaration de mariage au Directeur de l'État civil, déclaration sur la base de laquelle celui-ci dresse ensuite l'acte de mariage. Voir généralement les articles 104 et suiv. C.c.Q.

injustifiable<sup>36</sup>.

Hormis ce cas, les conjoints devraient, à notre avis, avoir la possibilité de régler conventionnellement toutes les conséquences de leur rupture, sans avoir à soumettre leur entente à l'approbation d'un juge<sup>37</sup>. Ainsi, les époux seraient juridiquement liés par la convention de rupture dès sa conclusion. Et à défaut d'entente sur les mesures accessoires, les époux devraient pouvoir soumettre leurs différends à l'arbitrage, si telle est leur volonté commune<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Voir d'ailleurs Marcia NEAVE, «Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of "The Role of Private Ordering in Family Law"», (1994) 44 *University of Toronto Law Journal* 97, 126.

<sup>37</sup> C'est d'ailleurs la solution que retient le droit belge depuis 1997 : Jean PINEAU, «L'ordre public dans les relations de famille», (1999) 40 *C. de D.* 323, 338. Par ailleurs, il semble que le droit de certains états américains limite la formalité de l'homologation judiciaire aux seules dispositions relatives aux enfants: «[...] under the Uniform Marriage and Divorce Act, the model for many states statutes, the parties' agreement is binding on the court, except for those provisions dealing with custody and child support» : Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1230, 1234-1235. Au Québec, retirer la formalité de l'homologation d'une convention matrimoniale ne constituerait pas un précédent. En 1981, le législateur québécois a permis aux conjoints de modifier leur régime matrimonial durant le mariage, en établissant un contrat de mariage à cet effet, sans plus. On se souviendra qu'entre 1970 et 1981, le contrat de mariage modifiant le régime matrimonial durant le mariage devait faire l'objet d'une homologation pour prendre effet. *Supra*, section 1, chapitre 3, partie 1.

<sup>38</sup> Selon l'article 2639 C.c.Q., les différends portant sur les matières familiales ne peuvent être soumis à l'arbitrage. Notons toutefois qu'un jugement de la Cour d'appel a déjà admis l'arbitrage relativement à une question de pension alimentaire entre une mère et son fils : *Kasner c. Becker*, [1967] B.R. 677, confirmant le jugement de la Cour supérieure de 1965 (non rapporté). Voir également John E.C. BRIERLEY, «De la convention d'arbitrage», dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., p. 1067, à la page 1075.

Bref, nous sommes d'avis qu'au plan des mesures accessoires, l'intervention du tribunal n'est véritablement requise que dans deux circonstances : premièrement, lorsque des enfants sont en cause et deuxièmement, lorsqu'à défaut d'enfants, des conjoints n'arrivent pas à s'entendre sur une ou plusieurs des conséquences de leur rupture et qu'aucune entente ne permet de référer leurs différends à l'arbitrage.

Certains s'indigneront de telles propositions en prétendant que le contexte émotif dans lequel se déroule le divorce justifie l'intervention du tribunal, lui seul ayant le degré d'objectivité et d'impartialité requis pour évaluer les ententes établies par les conjoints et pour arbitrer leurs différends, le cas échéant<sup>39</sup>. À cela, nous soumettons deux arguments.

D'une part, des milliers d'unions de fait se terminent à chaque année, sans qu'aucun juge n'intervienne pour évaluer systématiquement l'ensemble des accords qu'ont librement conclus les concubins sur

---

<sup>39</sup> Les propos du doyen Cornu soutiennent cette impression : «Beaucoup d'actes juridiques sont [...] conçus sous l'empire d'un sentiment qui en trouble la formation, au point d'en compromettre la validité.» : Gérard CORNU, «Du sentiment en droit civil», (1963) 8 *Annales de la Faculté de droit de Liège* 189, 195. Dans une étude portant sur les contrats de famille, Guillaume Creff écrit au même effet : «[...] l'existence du lien de famille conduit à redouter que les sentiments n'altèrent le jugement, et nuisent à la pratique contractuelle.» : Guillaume CREFF, «Les contrats de la famille», dans Loïc CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Économica, 1987, p. 245, aux pages 245-246.

les conséquences de leur rupture<sup>40</sup>. À cette occasion, seules les ententes relatives aux enfants doivent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Pourtant, la rupture de l'union de fait implique autant d'émotivité que le divorce. S'il était socialement inacceptable de laisser les concubins disposer seuls de leurs droits, le législateur ne serait-il pas déjà intervenu pour leur imposer une procédure d'homologation? Par ailleurs, à défaut d'entente, rien dans les lois ne semble interdire aux concubins de soumettre les différends qui les opposent à l'arbitrage<sup>41</sup>.

D'autre part, exiger l'homologation judiciaire d'une convention de divorce laisse supposer, d'une certaine façon, qu'on considère les conjoints comme des incapables. Il est vrai qu'un soutien judiciaire s'avère nécessaire lorsqu'une partie est en position d'inégalité structurelle ou de dépendance institutionnelle par rapport à l'autre ou lorsqu'il s'agit de disposer des droits de personnes présumément inaptes. Mais si l'on postule l'égalité et l'aptitude des conjoints en tant que norme sociale et juridique fondamentale, il faut, à notre

---

<sup>40</sup> Voir d'ailleurs *Droit de la famille-2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.), où le tribunal a reconnu la force exécutoire d'une convention de rupture intervenue entre conjoints de fait.

<sup>41</sup> Rappelons que l'article 2639 du *Code civil* interdit de soumettre à l'arbitrage les matières familiales. À notre avis, les rapports entre concubins ne peuvent être qualifiés de «matières familiales» au sens de cet article. Seule la famille basée sur le mariage fait l'objet d'une reconnaissance par le législateur. Ce dernier s'est abstenu d'organiser l'union de fait et de lui reconnaître des effets similaires au mariage. Pourquoi en serait-il autrement en matière d'arbitrage? Refuser d'assimiler les concubins aux conjoints mariés tout en reconnaissant des effets à leur relation au plan des dispositions législatives portant sur l'arbitrage nous apparaîtrait incohérent. En ce sens, voir Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 62.

avis, en reconnaître pleinement les conséquences et permettre à ces derniers de convenir des mesures accessoires de leur divorce, sans subordonner systématiquement leur volonté au contrôle d'un juge<sup>42</sup>.

Ce n'est pas dire qu'on priverait les conjoints de tout recours judiciaire après la conclusion de l'entente. Ceux-ci disposeraient des mêmes droits que les autres contractants dans la mesure où ils considèrent que le consentement qu'ils ont fourni n'est pas valable. Si un conjoint estime avoir été trompé par l'autre, il n'aura qu'à demander l'annulation de la convention en invoquant l'erreur ou le dol<sup>43</sup>. S'il considère avoir donné un consentement sous pression ou par suite de menaces, il pourra invoquer la crainte<sup>44</sup>.

Afin de mieux protéger les conjoints, le législateur pourrait également reconnaître la lésion comme motif d'annulation de la convention de divorce<sup>45</sup>. Il ne s'agirait pas là d'un précédent en matière familiale, puisque la renonciation d'un conjoint au partage du patrimoine familial, de même que celle relative au partage

---

<sup>42</sup> Nous référons le lecteur aux développements portant sur l'égalité des conjoints en tant que norme et valeur sociales et juridiques fondamentales: *Supra*, § 2. section 1. chapitre 1. partie 3.

<sup>43</sup> C.c.Q., art. 1399, 1400 et 1401.

<sup>44</sup> C.c.Q., art. 1399 et 1402.

<sup>45</sup> Rappelons que la lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties. En principe, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés. Voir C.c.Q., art. 1399, 1405 et 1406. Voir également *Ruiz c. Bénito*, [1999] R.D.F. 68 (C.S.).

d'acquêts, peuvent d'ores et déjà être annulées pour ce motif<sup>46</sup>.

Ainsi, les conjoints jouiraient d'une protection judiciaire équivalente, mais le contrôle s'exercerait sous une forme différente. L'intervention du tribunal ne serait plus requise pour assurer la validité et la force exécutoire de la convention de rupture<sup>47</sup>, mais le conjoint qui voudrait après coup la contester aurait le droit de le faire, en invoquant l'erreur, le dol et éventuellement la lésion<sup>48</sup>.

Soit, nous convenons qu'il serait hautement souhaitable de maintenir une certaine forme de contrôle en amont du recours judiciaire, ne serait-ce que pour réduire le plus possible le contentieux d'après divorce et partant, d'assurer une plus grande stabilité aux ententes

---

<sup>46</sup> C.c.Q., art. 424 et 472.

<sup>47</sup> Rappelons ici qu'il ne s'agit que des cas de divorce qui ne mettent en cause aucun enfant.

<sup>48</sup> Il s'agit essentiellement des critères qu'utilise actuellement le tribunal lors de la procédure d'homologation. Voir Ginette PICHE, «Le juge et le notaire peuvent-ils s'entendre avec le nouveau Code civil», dans Pierre CIOTOLA (textes réunis par). *Le notariat de l'an 2000 : défis et perspectives*. Les Journées Maximilien Caron, Montréal. Éditions Thémis. 1997, p. 162. à la page 167. Voir également Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131. 149 et suiv. Certains semblent considérer qu'une telle proposition pourrait desservir la cause des femmes puisque bien souvent, celles-ci ne disposent pas des ressources leur permettant de s'adresser au tribunal suite à la rupture aux fins d'obtenir l'annulation d'une convention de rupture inéquitable. Ainsi. Penelope Eileen Bryan écrit : «When a judge fails to intercept an unfair agreement at the time of the divorce, a wife may return to court later with a petition to set aside or vacate the agreement. Many wives lack the financial and emotional resources to challenge unfair settlement agreements» : Penelope EILEEN BRYAN, «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion», (1999) 47 *Buffalo Law Review* 1153, 1171, 1239.

intervenues<sup>49</sup>.

À cet effet, pourquoi ne pas imposer la forme notariée comme condition de validité d'une convention de divorce? On s'assurerait, par le fait même, de l'interposition d'un notaire, tenu aux termes de sa loi constitutive à un devoir d'impartialité et de conseil<sup>50</sup>. N'est-ce pas d'ailleurs ce que prévoit le législateur lorsqu'il considère que l'équilibre des forces en présence n'est pas garantie, sans toutefois remettre en question la capacité commune des parties de s'engager librement? Pensons simplement à la convention hypothécaire<sup>51</sup>.

Par ailleurs, certains pourraient tenter de justifier l'intervention du tribunal en invoquant le caractère institutionnel ou étatique du mariage et incidemment, du divorce<sup>52</sup>. Si, effectivement, le mariage est une affaire d'État, il est logique qu'on interpose l'État dans le

---

<sup>49</sup> Par analogie, voir Michael J. TREBILCOCK et Rosemin KESHVANI, «The Role of Private Ordering in Family Law : A Law and Economics Perspective», (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 533, 560.

<sup>50</sup> Certains considèrent que l'assistance d'un ou de conseiller(s) juridique(s) ne constitue pas un moyen efficace pour protéger les intérêts des femmes lors de la rupture. Ainsi, Penelope Eileen Bryan écrit : «Lawyers themselves are steeped in the masculine ideologies of law and the market. They may even exhibit overt gender bias. Representation by counsel may contribute to, rather than intercept, women's disadvantages» : Penelope EILEEN BRYAN, «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion», (1999) 47 *Buffalo Law Review* 1153, 1171, 1235.

<sup>51</sup> C.c.Q., art. 2693.

<sup>52</sup> Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, pp. 153-154.



processus de dissolution ou plus précisément, qu'on confie aux tribunaux judiciaires un rôle prépondérant dans la rupture du lien conjugal, et ce, peu importe le degré d'entente des principaux intéressés. D'ailleurs, ce qui concerne les institutions et l'ordre public ne peut, en principe, faire l'objet d'arrangements<sup>53</sup>.

Que doit-on penser d'un tel argument? D'abord, force est de reconnaître que les conventions prennent de plus en plus d'importance en matière de divorce. Le législateur favorise la négociation du divorce par les époux et enjoint expressément le tribunal de prendre en considération les ententes et arrangements qu'ils ont conclus sur les conséquences de la rupture<sup>54</sup>.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'intervention judiciaire est d'ailleurs réduite au minimum lorsqu'une demande conjointe sur projet d'accord est présentée par les époux. Après avoir vérifié la validité des consentements exprimés, constaté le motif à la base de la demande et s'être assuré que l'entente protège suffisamment l'intérêt des époux et de leurs enfants, le tribunal homologue généralement l'entente, la plupart du temps dans son bureau. La cause est alors jugée sans la présence des parties ou de leurs

---

<sup>53</sup> La remarque est tirée de Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 108.

<sup>54</sup> *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 15.2(4)c). Voir également les articles 9(2), 11(1)b), 11(4) et 15.1(8).

avocats, sur la foi d'affidavits circonstanciés<sup>55</sup>.

En outre, il semble que les conventions de rupture se voient accorder une valeur et une stabilité très importantes suite à l'homologation judiciaire. À cet égard, Madame la juge Wilson de la Cour suprême du Canada affirmait en 1987 :

«Il me semble que lorsque les parties ont d'elles-mêmes, librement et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, négocié une convention sur la façon de régler leurs affaires financières au moment de la rupture de leur mariage, et que cette convention n'est pas lésionnaire au sens du droit positif, elle devrait être respectée. Les gens doivent être encouragés à assumer la responsabilité de leur propre vie et de leurs propres décisions ; ce devrait être le souci d'ordre public prédominant.»<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Voir C.p.c., art. 404 al. 1 et 2. On peut évidemment s'interroger sur l'efficacité de la vérification des consentements par un juge qui ne rencontre ni les parties, ni leur procureur. En ce sens, le juge Gomery écrivait dans une affaire récente : «[...] mais comment le tribunal peut-il exercer une telle vigilance lorsque la preuve est faite par affidavit et le juge saisi de la matière ne voit même pas les parties et leurs procureurs.» : *Droit de la famille-3181*, [1999] R.D.F. 20 (C.S.).

<sup>56</sup> *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, 850. Ce jugement est le premier de trois jugements prononcés en 1987 par la Cour suprême sur la validité et la portée des conventions de rupture (*Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892 puis *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857), mieux connus sous le nom de trilogie Pelech-Richardson-Caron. Il faut toutefois noter que, en *obiter dictum*, une minorité de juges de la Cour suprême, dans l'arrêt *L.G. c. G.B.*, [1995] 2 R.C.S. 270, ont affirmé que les principes énoncés dans la trilogie n'étaient plus applicables sous l'empire de la *Loi sur le divorce de 1985*. Il semble que la Cour d'appel du Québec ne se soit pas sentie liée par cette opinion, puisqu'elle continue toujours à appliquer les principes de la trilogie : voir *Droit de la famille-2249*, [1995] R.J.Q. 2066 (C.A.) ; *Droit de la famille-2452*, [1996] R.D.F. 466 (C.A.) et *Droit de la famille-2537*, [1996] R.D.F. 735 (C.A.). Pour une analyse sommaire de la trilogie et des arrêts qui l'ont suivie, voir Ginette PICHE. «Le juge

En valorisant la production d'ententes, en réduisant l'intervention des tribunaux au strict minimum lors du processus d'homologation et en accordant par la suite un poids considérable aux accords dûment homologués, le législateur tend à désinstitutionnaliser le divorce<sup>57</sup>. Affaire d'état qu'il était il y a quelques décennies, le divorce semble devenu l'affaire du couple<sup>58</sup>. Invoquer le caractère institutionnel du divorce pour justifier l'intervention du tribunal ne nous apparaît donc pas convaincant.

À notre avis, l'État devrait aller jusqu'au bout de sa logique et ouvrir davantage la voie à la privatisation du divorce<sup>59</sup>. Par le fait

---

et le notaire peuvent-ils s'entendre avec le nouveau Code civil», dans Pierre CIOTOLA (Textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000 : défis et perspectives*, Les Journées Maximilien Caron, Montréal, Éditions Thémis, p. 162, aux pages 164-176. Voir également Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131.

<sup>57</sup> Voir particulièrement Michael J. TREBILCOCK et Rosemin KESHVANI, «The Role of Private Ordering in Family Law : A Law and Economics Perspective», (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 533, 563. Au même effet, Jacqueline Rubellin-Devichi observe : «[i]l faut reconnaître que la promotion irréversible de la liberté individuelle dans la formation - et dans la dissolution - du mariage conduit à délaisser quelque peu la composante institutionnelle de celui-ci pour s'attacher de nouveau, comme le faisaient Pothier, les canonistes et encore Josserand, à l'accord de volonté qui en forme la base.» : Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, «La diminution de l'importance du mariage», dans Roger NERSON (dir.), *Mariage et famille en question*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1979, p. 75, à la page 88.

<sup>58</sup> La Cour d'appel de l'Ontario a d'ailleurs affirmé qu'il était préférable que les affaires de famille se règlent privément : *Webb c. Webb*, [1984] 39 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Ont.).

<sup>59</sup> Selon Xavier Labbé, cette éventualité pourrait bien se concrétiser : «[n]ous ne serions pas étonnés qu'une législation future intervienne, et achève le mouvement de contractualisation. [...] Nous pensons que cette déjudiciarisation est la conséquence logique de vingt années de pratique d'une loi qui a tout fait pour «dédratiser» le

même, l'État élargirait considérablement la liberté des conjoints d'organiser et de planifier eux-mêmes les modalités d'une rupture éventuelle aux termes du contrat conjugal.

Déjà, les contrats de mariage que les notaires québécois reçoivent depuis un certain nombre d'années contiennent des stipulations visant à organiser les conséquences financières de la rupture<sup>60</sup>. On peut en déduire que les conjoints sont d'ores et déjà disposés à envisager l'hypothèse d'une rupture alors même que leur relation n'est aucunement remise en cause<sup>61</sup>.

---

divorce. Pourquoi aller au palais de justice si le divorce n'est plus un drame? Le palais de justice ne devrait-il pas être réservé aux seuls drames?»: Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 139 ; voir également les propos de l'auteur à la page 108. Voir aussi Jean PINEAU, «L'ordre public dans les relations de famille», (1999) 40 *C. de D.* 323, 338-339.

<sup>60</sup> *Supra*, 2 et 3. A. §2, section 2, chapitre 2, partie 1.

<sup>61</sup> Ce simple constat permet à notre avis de réfuter l'argument soulevé par certains à l'effet qu'aucun conjoint n'acceptera d'envisager l'hypothèse d'une rupture, puisqu'il adopterait alors une vision pessimiste et négative incompatible avec l'esprit du mariage. L'argument est rapporté dans Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 240-241 et 286 ; J. GIBSON WELLS, «A Critical Look at Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator* 33, 35-36.

### SECTION 3 : CONTRAT ET RAPPORTS ÉCONOMIQUES ENTRE CONJOINTS : ANALYSE CRITIQUE DES DISPOSITIONS IMPÉRATIVES DU CODE CIVIL

Si la religion, la famille des conjoints et, d'une certaine façon, leur communauté d'appartenance ont perdu beaucoup d'influence dans la définition du cadre matrimonial, l'État, lui, ne s'est pas pour autant désintéressé du mariage<sup>62</sup>.

Au contraire, comme nous l'avons vu dans la première partie, le législateur provincial a procédé à de nombreuses réformes en la matière depuis les dernières décennies, notamment aux fins d'encadrer plus étroitement les rapports économiques entre conjoints. Ainsi, ces derniers sont-ils soumis, depuis 1989, aux dispositions relatives au patrimoine familial, étant de ce fait tenus de partager également la valeur de certains biens au jour de la rupture, indépendamment de leur régime matrimonial<sup>63</sup>. Quelques années plus tôt, à l'occasion de la réforme du droit de la famille, le législateur les avait formellement assujettis à l'obligation de contribuer proportionnellement aux charges du mariage, quelles que soient les dispositions de leur contrat de mariage<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Il semble que le même phénomène soit observable chez nos voisins du sud. Ainsi, Eric Rasmusen et Jeffrey Evans Stake écrivent : «[...] marriage law has become more important as control by social and religious norms has diminished» : Eric RASMUSEN et Jeffrey EVANS STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance : Personalizing the Marriage Contract», (1998) 73 *Indiana Law Journal* 453, 455.

<sup>63</sup> *Supra*, §2, section 1, chapitre 1, partie 1.

<sup>64</sup> *Supra*, §2, section 1, chapitre 1, partie 1.

La présente section est consacrée à l'analyse de ces deux mesures impératives. En somme, nous nous interrogerons sur l'opportunité d'assujettir tous les conjoints à un tel encadrement législatif eu égard aux nouvelles valeurs sociales et conjugales. Parallèlement, nous nous questionnerons sur la légitimité de réinstaurer le contrat en tant que principal mode de régulation des rapports économiques des conjoints.

Certes, d'autres obligations économiques résultant du mariage et de sa rupture auraient pu faire l'objet d'une critique similaire. Pensons simplement à l'obligation alimentaire à laquelle sont assujettis les ex-conjoints en vertu de la *Loi sur le divorce*<sup>65</sup>. Nous avons toutefois choisi de limiter la présente analyse aux mesures dont l'effet fut de limiter la liberté contractuelle que l'ancien Code civil avait toujours reconnue aux conjoints et qui, incidemment, permettent de bien saisir l'orientation que le législateur contemporain entend donner à sa politique législative en matière familiale.

## **§ 1 La contribution proportionnelle aux charges du mariage**

Avant la réforme du droit de la famille de 1980, rappelons-le, les conjoints étaient libres d'organiser dans leur contrat de mariage la contribution de chacun aux charges du mariage et d'en établir les modalités. Depuis cette date, les deux conjoints sont

---

<sup>65</sup> L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

impérativement tenus de contribuer auxdites charges en proportion de leurs facultés respectives, chacun pouvant toutefois s'acquitter de son obligation par son activité au foyer<sup>66</sup>.

À première vue, une telle obligation apparaît naturelle. Comme nous l'avons déjà mentionné, les charges du mariage englobent essentiellement les dépenses nécessaires au bon fonctionnement du ménage. Or, puisque ces dépenses bénéficient généralement à l'ensemble de la famille, il peut sembler légitime de s'attendre à une contribution conjointe et proportionnelle des époux ou, à tout le moins, à une participation aux tâches ménagères<sup>67</sup>.

Cela dit, il ne faut pas pour autant nier l'existence de couples qui organisent leur relation différemment. Bien qu'aucune donnée empirique ne permette de le soutenir, on peut présumer qu'en réalité, certains conjoints s'entendent pour attribuer à l'un d'eux la responsabilité exclusive d'assumer toutes les dépenses du ménage, sans que l'autre ne soit requis d'apporter quelle que contribution que

---

<sup>66</sup> C.c.Q., art. 396. «Aucun des époux ne peut forcer l'autre à travailler à l'extérieur du foyer, mais il peut l'obliger à payer sa part des charges du ménage, y compris le coût des tâches domestiques.» : Albert MAYRAND, «Égalité en droit familial québécois», (1985) 19 *R.J.T.* 249, 264. *Supra*, §2, section 1, chapitre 1, partie 1. Par ailleurs, il ne faut pas croire qu'autrefois, les charges du mariage étaient entièrement supportées par un seul conjoint. Bien que le mari ait été, dans la majorité des cas, l'unique pourvoyeur de la famille, la femme apportait généralement sa contribution par son activité au foyer. Ainsi, ce n'est pas tant le fait d'avoir imposé la proportionnalité des contributions que d'avoir reconnu l'activité au foyer qui constitue l'innovation de la règle adoptée lors de la réforme.

<sup>67</sup> Nous employons l'expression «tâches ménagères» comme synonyme d'«activité au foyer».

ce soit, soit en valeurs, soit par son activité au foyer. Or, dans l'état actuel du droit, une telle entente serait jugée nulle de nullité absolue.

Certes, le législateur ne s'immiscera pas dans la vie quotidienne des époux pour leur interdire formellement d'agir ainsi, mais il refusera de sanctionner ou de reconnaître l'entente au moment opportun, compte tenu de l'obligation qu'il leur impose aux termes du Code civil. En principe, l'époux qui aura contribué au-delà de ce que la loi exigeait de lui pourra récupérer de l'autre les sommes versées « en trop » sous forme de prestation compensatoire, sans que ce dernier ne puisse invoquer la convention préalablement intervenue. Comme l'écrit le juge Albert Mayrand :

«À la dissolution ou à l'occasion d'une séparation de corps, l'époux qui s'est enrichi aux dépens de l'autre en ne payant pas sa part contributoire peut être contraint de l'acquitter sous forme de prestation compensatoire.»<sup>68</sup>

En quoi l'État peut-il se sentir justifié d'imposer à tous les couples une contribution proportionnelle, sans égard à leur volonté? En

---

<sup>68</sup> Albert MAYRAND, «Égalité en droit familial québécois», (1985) 19 *R.J.T.* 249, 265. Voir également Mireille D. CASTELLI, «La répartition des charges du mariage et la prestation compensatoire : vers un revirement des solutions traditionnelles en pratique et en jurisprudence», (1984) 44 *R. du B.* 724, 726. Selon Jean-Pierre Senécal, l'époux qui contribue en sus de ce à quoi il est légalement tenu pourrait même, sur la base de l'article 400 C.c.Q., s'adresser au tribunal durant la vie commune pour obtenir la juste part de l'autre : Jean-Pierre SENÉCAL, *Droit de la famille québécois*, t. 2, Farnham, CCH/FM, 1986, pp. 6512-6513.



d'autres termes, sur quels bases ou principes fondamentaux une telle obligation peut-elle être fondée?

Certains justifient l'obligation en référant au principe d'égalité des époux. Puisque l'égalité fonde désormais les rapports conjugaux<sup>69</sup>, arguent-ils, la contribution aux charges du mariage se doit d'être proportionnellement répartie. En ce sens, le professeur Ernest Caparros écrit :

«En effet, depuis que la femme n'est plus juridiquement subordonnée à son mari, comme elle a les mêmes droits, elle doit aussi avoir les mêmes obligations. Celle de contribuer aux besoins de la famille est une des plus importantes dans le mariage et nous voyons mal comment l'un des membres fondateurs de la famille pourrait s'exonérer de cette obligation.»<sup>70</sup>

Cette affirmation nous paraît doublement discutable. D'une part, on ne peut valablement prétendre que l'égalité des droits doit inévitablement mener à l'égalité des obligations, sans distinction. Étant égaux en droit, ne devrait-on pas au contraire reconnaître aux conjoints la capacité de convenir des arrangements qui leur agréent en ce qui regarde les charges du mariage, quitte à ce que l'un d'eux renonce à un droit économique en faveur de l'autre? D'autre part, l'affirmation laisse entendre qu'un conjoint s'exonère lui-même de

---

<sup>69</sup> C.c.Q., art. 392 et *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 47.

<sup>70</sup> Ernest CAPARROS, «La détermination conventionnelle de la contribution des époux aux besoins de la famille», (1976) 17 *C. de D.* 603, 630. Voir également, du même auteur, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, p. 26.

l'obligation, de manière unilatérale. Or, c'est plutôt l'autre conjoint qui exonère ce dernier et partant, renonce consciemment à un droit.

D'autres pourraient tenter de justifier la règle impérative en prétendant qu'il est de l'essence du mariage que les deux partenaires y apportent leur contribution.

Soit, le mariage n'est pas un engagement à sens unique. Mais il ne faut pas confondre contribution au mariage et contribution aux charges du ménage. La contribution qu'un conjoint apporte à sa famille peut se traduire autrement que par une participation aux dépenses du ménage ou par son activité au foyer. L'unique fait pour un conjoint de tenir compagnie à l'autre et de lui apporter son amour peut représenter, selon les circonstances, une contribution au mariage parfaitement valable, sans qu'il ne soit question de déboursés ou de tâches ménagères.

En quoi peut-on objectivement prétendre qu'une entente aux termes de laquelle des époux conviendraient en toute connaissance de cause de confier à l'un d'eux la charge d'assumer l'ensemble des dépenses du couple, dans le but de laisser à l'autre la libre disposition de ses revenus et de son temps, rend-elle leur projet de vie commune moins valable qu'un autre et peut-elle à elle seule miner l'esprit du mariage?<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Pourtant, certains semblent considérer qu'il est de l'essence du mariage que chaque conjoint apporte une contribution proportionnelle aux charges qui en découlent : Jean RENAUD, *Droit patrimonial de la famille*, t. 1, «Régimes matrimoniaux», Bruxelles,

À notre avis, il revient aux époux et non à l'État de déterminer ce qui, à leurs yeux, représente une contribution valable au mariage et ce qui ne peut se qualifier à ce titre. Si un époux accepte de contribuer plus que l'autre aux charges économiques, c'est parce qu'il le veut bien! Soit, il en sera certainement désavantagé sur le plan économique. Et alors? Si une telle conséquence était à ce point inacceptable, il faudrait banir du droit les libéralités entre vifs et particulièrement entre époux!

Au-delà des époux, les enfants du couple pourraient-ils souffrir d'une entente libérant l'un des conjoints de toute contribution aux dépenses du ménage? Seraient-ils privés de ressources ou pénalisés sur le plan économique? Non, puisque l'obligation alimentaire d'un parent à l'égard de son enfant subsistera toujours, quelle que soit la convention matrimoniale du couple<sup>72</sup>. Un enfant conservera donc toujours le droit de réclamer de ses deux parents les choses nécessaires à la vie.

En imposant formellement à chaque époux l'obligation de contribuer aux charges du mariage en proportion de ses facultés ou par son

---

Ferdinand Larcier, 1971, p. 25 et suiv. Voir également, dans le même sens, Germain BRIÈRE, «Les charges du mariage», (1967) 2 *R.J.T.* 451, 466.

<sup>72</sup> C.c.Q., art. 585. Il est d'ailleurs notoirement reconnu, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que la convention intervenant entre les époux ne peut d'aucune façon limiter ou restreindre les droits et intérêts de leurs enfants : *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, 869. Voir également Jean Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 169.

activité au foyer, l'État s'introduit de manière injustifiée dans l'univers intime des couples et substitue sa propre conception du mariage à celle des époux. Dans une société pluraliste où se cotoient différents modèles conjugaux, il devient impérieux de restaurer au bénéfice des couples un plus grand espace de liberté contractuelle.

Ce n'est pas dire qu'il faille retirer du Code civil le principe de proportionnalité. Il suffirait simplement de le dépouiller de son caractère impératif, pour n'en faire qu'une règle supplétive de volonté. Ainsi, le législateur offrirait à l'ensemble des couples un cadre juridique à l'image des valeurs qu'il préconise, tout en reconnaissant à ceux qui, pour une raison ou pour une autre, souhaiteraient y déroger, le droit d'organiser autrement leur projet de vie commune<sup>73</sup>.

## **§ 2 Le partage du patrimoine familial**

D'un point de vue sociologique, le profil d'une majorité de couples d'antan justifiait et justifie toujours la protection juridique et économique qu'implique le patrimoine familial.

Dans le passé, on s'en souviendra, la femme mariée n'occupait que très rarement une activité rémunérée à l'extérieur du foyer. Règle

---

<sup>73</sup> Notons qu'en France, selon l'article 214 du *Code civil*, la règle relative à la contribution aux charges du mariage est toujours supplétive de volonté. Voir Xavier LABBÉ, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 87.

générale, seul le mari accumulait des ressources économiques et était en mesure d'acquérir des biens. Qui plus est, les conjoints étaient dans une très forte proportion régis par le régime matrimonial de la séparation de biens. Avec le nombre sans cesse croissant de divorces, plusieurs femmes se sont donc retrouvées dans un état de grave précarité économique au jour de la rupture<sup>74</sup>. La professeure Danielle Burman expose la situation en ces termes :

«Nul ne peut rester insensible à la situation de la femme qui s'est mariée sous le régime de séparation de biens pour échapper aux règles sur l'incapacité jusqu'en 1964, ni à la situation de celle qui s'est mariée ultérieurement sous ce même régime, influencée par une forte pression sociale, copieusement alimentée par certains professionnels du droit. Lorsque cette femme est demeurée au foyer et n'a pas eu d'activité rémunératrice, elle se rend compte, dix, quinze ou vingt ans après, qu'elle n'a aucun droit sur les biens appartenant à son mari, acquis notamment grâce aux économies qu'elle lui a permis de réaliser. Elle peut alors, même si son mari a accumulé quelque fortune, se trouver dans un grand état de pauvreté [...].»<sup>75</sup>

Manifestement, le patrimoine familial est une mesure destinée à corriger les inéquités pouvant résulter des mariages de type traditionnel. En ce sens, le juge Jean-Louis Baudouin de la Cour

---

<sup>74</sup> L'affaire *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423 constitue une éloquente illustration d'injustice. Plus généralement, voir : *Supra*, §1, section 1, chapitre 1, partie 1.

<sup>75</sup> Danielle BURMAN, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice : un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149, 172. De la même auteure, voir également : «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité», (1990) 24 *R.J.T.* 461, 468.

d'appel écrit :

«Le législateur, en introduisant dans notre droit le partage du patrimoine familial [...] a entendu remédier à des injustices dont une certaine catégorie de femmes pouvaient être victimes et reconnaître la valeur du travail au foyer. Les femmes mariées en séparation de biens, au moment d'un divorce ou d'une séparation de corps, se retrouvaient en effet parfois sévèrement désavantagées sur le plan économique lorsque venait le temps de liquider le patrimoine accumulé durant la vie commune.»<sup>76</sup>

Si ce sont là les véritables motivations du législateur<sup>77</sup>, alors pourquoi avoir fait du patrimoine familial une mesure universelle

---

<sup>76</sup> *Droit de la famille-977*, [1991] R.J.Q. 904, 907-908 (C.A.). Voir également *Droit de la famille-1411*, [1991] R.J.Q.1889, 1893 (C.S.) : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur «Les droits économiques des conjoints»*, Montréal, Septembre 1988, p. 8 et Ernest CAPARROS, «La nature juridique commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts», (1999-2000) 30 *R.G.D.* 1, 33-34.

<sup>77</sup> En outre, on peut considérer que le patrimoine familial cadre très bien avec la conception unitaire du mariage qui prévalait autrefois. En prélevant certains droits individuels que détient chaque conjoint dans un bien à caractère familial pour les intégrer dans un patrimoine commun, ne supporte-t-on pas, de façon plus ou moins directe, l'intégration qu'opérait jadis le mariage? À cet égard, les propos de Jean-Pierre Senécal, aujourd'hui juge à la Cour supérieure, sont très évocateurs : «Au moment où un conjoint travaille à l'extérieur et gagne de l'argent, il le fait donc non seulement pour lui mais aussi pour ses enfants et son conjoint, de façon à leur assurer les choses nécessaires à la vie. Par ailleurs, peu importe qui paie quoi [...], il ne s'agit que d'une répartition pratique des paiements auxquels chacun des époux doit contribuer. Les biens ainsi acquis ne lui appartiennent donc pas seul mais sont ceux de la famille.» : Jean-Pierre SENÉCAL, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 7.

applicable à tous les couples mariés, sans distinction<sup>78</sup>? N'est-on pas en droit de croire que les couples qui se marient aujourd'hui présentent des différences fondamentales avec ceux qui se sont mariés il y a trois ou quatre décennies?

À tout le moins, le législateur aurait-il pu limiter la portée impérative des dispositions sur le patrimoine familial aux seuls couples mariés avant son entrée en vigueur. Ainsi, l'intervention législative aurait été clairement orientée vers la réparation des injustices passées<sup>79</sup>. Que l'on ait été en accord ou non avec le moyen préconisé, on aurait compris que le législateur cherchait à établir un support étatique susceptible d'assurer les redressements nécessaires entre époux ayant évolué, dans une large proportion, dans un contexte d'inégalité et de dépendance institutionnalisées.

Mais il en va différemment des couples qui se forment aujourd'hui et de ceux qui se sont formés au cours des dernières années. Si on leur attribue une philosophie égalitaire, il apparaît raisonnable de leur reconnaître la capacité et la liberté d'organiser librement leurs affaires et en corrolaire, d'assumer personnellement les

---

<sup>78</sup> Le professeur Jean Pineau qualifie d'ailleurs le patrimoine familial de «costume Mao» des biens : Jean PINEAU, «L'ordre public dans les relations de famille», (1999) 40 *C. de D.* 323, 334.

<sup>79</sup> Et là encore, la portée de la loi aurait été tout de même trop large, puisque les couples formés peu avant 1989 se seraient réclamés d'une philosophie différente de celles qui animent les couples formés dans les années '40, '50, '60 et même '70 et auraient légitimement pu exiger un traitement différent.

conséquences de leurs choix. Dans la mesure où l'égalité des sexes et particulièrement, l'égalité entre mari et femme, a désormais valeur de norme juridique et sociale fondamentale, il semble illégitime d'aborder l'organisation législative des rapports conjugaux en présumant du contraire<sup>80</sup>.

Ce n'est pas dire qu'il faille ignorer ou banaliser les inégalités de fait qui perdurent et qui perdureront encore longtemps dans les rapports conjugaux, comme d'ailleurs dans l'ensemble des rapports sociaux. Des mécanismes de redressement seront toujours nécessaires pour corriger ponctuellement les excès et les injustices résultant de relations présumément égalitaires. Jamais la liberté n'a justifié les abus. Les principes de la bonne foi et de l'abus de droit enchâssés dans le Code civil en témoignent puisqu'il représentent autant de barrières susceptibles de mettre un frein au libéralisme excessif sur la base duquel une partie voudrait exploiter l'autre<sup>81</sup>.

Bien que traditionnellement les tribunaux aient rarement fait usage de tels principes généraux pour revoir les choix contractuels des

---

<sup>80</sup> Nous référons une fois de plus le lecteur aux développements portant sur l'égalité des conjoints en tant que norme et valeur sociales et juridiques fondamentales: *Supra*, § 2, section 1, chapitre 1, partie 3.

<sup>81</sup> Pour une perspective semblable, voir Danielle BURMAN, «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité», (1990) 24 *R.J.T.* 461. Voir également les observations du professeur MacDonald dans Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 28-29.



époux ou pour en baliser l'exécution, rien n'empêche qu'on leur accorde une portée susceptible de permettre le redressement de situations socialement et juridiquement inacceptables<sup>82</sup>.

Par ailleurs, il ne faut pas nécessairement assimiler le contrat à un mécanisme conduisant inévitablement à l'injustice. Comme nous l'avons déjà souligné, le contrat des conjoints n'aurait pas pour objectif premier de maximiser les profits que chacun entend réaliser lors d'une éventuelle rupture, mais d'établir le cadre normatif à l'intérieur duquel leur relation, qu'ils souhaitent mutuellement durable et profitable, pourra s'articuler. Conçu dans une telle perspective, le contrat devrait normalement favoriser et promouvoir l'égalité et la justice économique entre les conjoints.

En outre, le contrat conjugal que nous préconisons ne sera jamais l'instrument fermé et statique qu'est le contrat de mariage classique. Compte tenu de la perspective relationnelle qui le sous-tend, le contrat conjugal devrait, tout au long de la relation, faire l'objet de réajustements. Sa nature flexible devrait donc permettre d'éviter qu'il ne soit un jour complètement dissocié de la relation des conjoints et qu'il puisse être, pour cette raison, une cause d'injustice pour l'un d'eux.

Également, il n'est pas impensable d'imaginer qu'un tribunal,

---

<sup>82</sup> Par ailleurs, le législateur pourrait envisager d'ajouter la lésion aux causes de nullité des contrats de mariage.

constatant un important décalage entre les termes du contrat et la relation vécue et soucieux d'attribuer à la nature flexible du contrat une pleine valeur normative, impose aux partenaires l'obligation d'en renégocier les termes à la lumière des faits nouveaux.

Cela dit, certains ont prétendu qu'en instaurant le patrimoine familial, le législateur entendait marquer le caractère d'association lié au mariage<sup>83</sup>. Pour ainsi dire, le législateur considérerait qu'une union de personnes doit inévitablement mener à un certain partage des valeurs accumulées durant la cohabitation.

Soit, l'État peut sans doute préconiser sa propre conception du mariage. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait lors de la codification de 1866, en instituant le régime légal de la communauté de biens, et en 1970, en introduisant celui de la société d'acquêts, deux régimes à base de partage des patrimoines. À travers son intervention, le législateur exprimait clairement la conception «communautaire» qu'il entretenait du mariage et, par le fait même, incitait les époux à adopter cette même conception.

Mais il ne revient pas à l'État d'imposer unilatéralement sa conception, surtout dans une société qui se caractérise de plus en

---

<sup>83</sup> Jean-Pierre SENÉCAL, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 7 et Christianne DUBREUIL et Brigitte LEFEBVRE, «L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple», (1999) 40 *C. de D.* 346, 350. Voir également *Droit de la famille-1769*, [1993] R.J.Q. 873, 880 (C.S.) où madame la juge Lemieux écrit : «[l]a nouvelle loi entend favoriser l'égalité économique des conjoints et marquer le caractère d'association lié au mariage.»

plus par sa diversité. Au-delà des valeurs d'égalité, de liberté et de tolérance qui constituent le socle inaltérable de toute relation conjugale et qui, pour aucune considération, ne sauraient faire l'objet de négociation<sup>84</sup>, le mariage n'a pas la même signification pour tous et chacun. Certains y voient une relation aux multiples facettes où personnes et intérêts économiques seront inexorablement liés. Pour d'autres, le mariage ne fonde qu'une union de personnes, sans plus.

Alors que les époux qui se marient en bas âge, sans moyen, peuvent avoir tendance à se concevoir comme de véritables partenaires engagés dans une entreprise commune et pluridimensionnelle, les époux qui se marient pour une deuxième ou une troisième fois, à un âge avancé, se considèrent souvent comme de simples compagnons de vie dont la relation sera limitée aux échanges interpersonnels<sup>85</sup>. La dynamique des familles recomposées comporte également ses particularités. On peut difficilement envisager un mariage qui, d'une certaine façon, intègre deux familles, de la même manière qu'on

---

<sup>84</sup> «[...] "values" (except for equality, individual liberty, and tolerance) are a matter of subjective taste or preference» : Mary-Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law- State, Law and Family in the United States and Western Europe*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, p. 297.

<sup>85</sup> Ironiquement, il semble qu'au Portugal et au Brésil, le régime de séparation de biens soit obligatoirement imposé aux personnes qui se marient après 60 ans. Voir Ernest CAPARROS, «La nature juridique commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts», (1999-2000) 30 *R.G.D.* 1, 23.

envisage les relations conjugales plus classiques<sup>86</sup>.

On ne pourrait conclure cette section sans discuter brièvement des impacts socio-économiques de notre proposition. Il faut bien reconnaître qu'en imposant le partage de certains actifs au moment de la rupture, le législateur procure à chaque époux un minimum de capital à même lequel il pourra éventuellement subvenir à ses besoins, du moins partiellement. Ainsi, le législateur soulage-t-il indirectement l'État d'un certain fardeau économique.

S'il retire les dispositions relatives au patrimoine familial du régime primaire impératif pour redonner au régime matrimonial des époux toute sa portée, l'État peut craindre un allourdissement de son fardeau économique, puisqu'il devra prendre en charge les conjoints qui, en raison de leurs choix contractuels, se retrouveront dans un état de dépendance économique, sans pouvoir compter, pour quelle que raison que ce soit, sur une pension alimentaire suffisante ou sur quelque'autre soutien financier<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Sur la dynamique particulière des familles recomposées, voir Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN et Irène THÉRY, *Quels repères pour les familles recomposées?*, Paris, L.G.D.J., 1995.

<sup>87</sup> Sur les facteurs d'attribution et les objectifs de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints, je réfère le lecteur aux articles 15.2(4) et 15.2(6) de la *Loi sur le divorce* (L.R.C., (1985), c. 3 (2e suppl.)), ainsi qu'à l'abondante jurisprudence et aux nombreux écrits sur le sujet : voir notamment *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813 et *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420. Voir également Dominique GOUBAU, «Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada», (1993) 72 *R. du B. can.* 279.

Certains sont d'avis qu'il ne revient pas à l'État d'assurer la subsistance de personnes dont l'ex-conjoint possède des actifs ou des moyens suffisants. C'est d'ailleurs sur la base de cette prémisse qu'ils entendent l'obligation alimentaire entre ex-conjoints comme une charge essentiellement sociale. Récemment, la Cour suprême du Canada a reconnu que dans certaines circonstances, l'obligation alimentaire prévue dans la *Loi sur le divorce*<sup>88</sup> pouvait effectivement être fondée sur un tel modèle<sup>89</sup> :

«La première théorie de l'obligation pendant et après le mariage est le modèle de l'obligation sociale fondamentale, en vertu duquel c'est à l'ex-époux, et non pas au gouvernement, qu'il incombe principalement de subvenir aux besoins de son ex-conjoint. Ce modèle repose sur la notion historique selon laquelle le mariage constitue une obligation potentiellement permanente [...].»<sup>90</sup>

Évidemment, tout ceux et celles qui adhèrent à cette philosophie se diront en faveur de mécanismes légaux susceptibles de favoriser une certaine redistribution des avoirs conjugaux lors de la rupture et partant, de réduire un tant soit peu le fardeau de l'État. Tel est précisément l'effet que procure le partage du patrimoine familial. La

---

<sup>88</sup> L.R.C., (1985), c. 3 (2e suppl.).

<sup>89</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, 442-443. En somme, la Cour a reconnu trois fondements à l'obligation alimentaire entre ex-conjoints, soit le fondement compensatoire, le fondement contractuel et le fondement de l'obligation sociale. Selon la Cour, les objectifs prévus à l'article 15.2(6) de la *Loi sur le divorce* reflètent chacun de ces trois modèles.

<sup>90</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, 434.

liberté contractuelle leur apparaîtra alors comme une menace puisqu'elle soutiendra des choix et des décisions individuelles dont les conséquences pourraient, au lendemain de la rupture, s'avérer problématiques sur le plan socio-économique.

Nous ne partageons pas cette perspective. Le mariage procure de larges bénéfices à la collectivité. Il fonde un milieu de vie dont l'objectif est d'assurer l'épanouissement des individus qui le composent et de ceux qui en sont issus. En ce sens, il participe de la stabilité sociale, tout en symbolisant le foyer que privilégie l'État pour assurer le développement des générations futures<sup>91</sup>. Aussi, il ne nous apparaît pas illégitime de prétendre qu'il revient à la collectivité d'assumer certains des coûts socio-économiques résultant de sa rupture.

Mais cette question déborde largement de notre sujet de recherche. Elle fait appel aux différentes conceptions que l'on peut entretenir sur le rôle de l'État dans les démocraties modernes basées sur une économie de marché, ce qui, convenons-en, ne saurait valablement être traité à la lumière des seules politiques législatives en matière familiale.

---

<sup>91</sup> «Le mariage [...] établit une relation nouvelle d'alliance; il est fondateur d'une nouvelle cellule sociale, créateur d'une famille, l'ensemble des familles constituant la société» : Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 82.

## **SECTION 4 : CONTRAT ET RATIONALITÉ THÉORIQUE**

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un sujet qui ait fait couler beaucoup d'encre jusqu'à aujourd'hui, quelques auteurs ont plaidé, avec des perspectives d'analyse très différentes, l'idée d'une plus grande régulation contractuelle de la relation conjugale. Nous nous proposons maintenant de faire la synthèse de leur pensée et de leur argumentation. Un tel exercice devrait permettre de conférer une plus grande légitimité à notre hypothèse de recherche ou à tout le moins, y apportera une certaine caution théorique.

Les analyses les plus importantes à avoir été réalisées proviennent de deux professeures de droit, les américaines Marjorie Maguire Shultz et Lenore J. Weitzman, que nous avons abondamment citées jusqu'à maintenant. Leur thèse supporte essentiellement la rationalité socio-culturelle de la régulation contractuelle de la relation conjugale (4.1). Nous présenterons également les réflexions de Michael J. Trebilcock, Rosemin Keshavni et Bertrand Lemennicier dont les propos soutiennent davantage la rationalité économique de notre hypothèse (4.2).

### **§ 1 La rationalité socio-culturelle du contrat conjugal**

#### **A. La thèse de Marjorie Maguire Shultz**

Dans un article publié en 1982 et intitulé «Contractual Ordering of

Marriage : A New Model for State Policy»<sup>92</sup>, la professeure Shultz présente une critique fort élaborée du modèle traditionnel de régulation du mariage.

À son avis, la diversité des comportements matrimoniaux, conjuguée aux valeurs d'individualisme et d'égalité propres au mariage contemporain, ne peuvent plus s'accommoder du cadre strict et prédéterminé établi par la loi. En d'autres termes, le consensus social qui existait autrefois quant à la nature du mariage et qui pouvait justifier l'établissement de normes uniformes se serait effrité<sup>93</sup>.

Cela étant, Shultz reconnaît l'importance sociale du mariage<sup>94</sup> et à cet effet, demeure consciente du besoin d'en assurer une certaine régulation étatique : «[...] intimate relationships are too crucial, both to individuals and to society, to be abandoned to the brittleness or the isolation of a "do your own thing" philosophy»<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Marjorie MAGUIRE SHULTZ. «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy». (1982) 70 *California Law Review* 204. Pour les références subséquentes à cet article, la mention *id.* sera utilisée afin d'alléger la lecture des notes infrapaginales.

<sup>93</sup> *Id.*, 207 et 245 et suiv.

<sup>94</sup> «[...] Marriage has great social importance, because the state has an interest in its citizen's happiness, and because satisfying personal relations are thought to promote social stability and harmony.» : *id.*, 313.

<sup>95</sup> *Id.*, 328.



L'auteure tente donc d'identifier un modèle d'intervention qui permettrait de réaliser un bon équilibre entre la liberté des conjoints d'élaborer un cadre convenant à leurs besoins particuliers et l'intérêt que l'État peut légitimement avoir dans le mariage. En somme, Shultz s'emploie à rechercher un modèle pouvant assurer aux conjoints une certaine marge de manoeuvre, sans pour autant évacuer le mariage de la sphère publique :

«In short, the rigidity of the old model of marriage is no longer acceptable, but proposals to remove law from intimacy altogether are also inadequate as a basis for policy. Some new synthesis of private needs and public concerns, of freedom and structure, of flexibility and formality, must emerge to lend dignity and legitimacy to today's diverse forms of intimate commitment.»<sup>96</sup>

Shultz mentionne qu'en toute hypothèse, l'intervention de l'État peut être de deux niveaux différents. D'abord, l'État peut intervenir pour prescrire le contenu obligationnel d'une relation («channeling of behavior») : «[i]f the state chooses a channeling role, the law may, through judicial or legislative institutions, regulate conduct in substantive ways»<sup>97</sup>. L'État peut également intervenir pour résoudre les différends susceptibles de se produire en rapport avec ce contenu obligationnel («resolution of dispute») : «[i]f it adopts the dispute resolving role, legal institutions would authoritatively interpret and enforce obligations, evaluate claims, and select

---

<sup>96</sup> *Id.*, 208.

<sup>97</sup> *Id.*, 212.

remedies»<sup>98</sup>.

En combinant ces deux rôles, Shultz constate qu'il est possible d'entrevoir l'intervention étatique en matière matrimoniale de quatre façons différentes.

*Primo*, l'État peut prescrire le contenu obligationnel du mariage et en reconnaître le caractère sanctionnable. *Secondo*, l'État peut prescrire le contenu obligationnel du mariage, mais refuser d'en reconnaître le caractère sanctionnable. *Tertio*, l'État peut déléguer aux conjoints le soin de convenir privément de la plupart des droits et obligations du mariage, tout en acceptant de reconnaître le caractère sanctionnable des engagements stipulés. Enfin, *quarto*, l'État peut choisir de se retirer complètement de la sphère matrimoniale, en refusant de prescrire les droits et obligations du mariage et en niant le caractère sanctionnable des engagements ayant pu être stipulés par les conjoints<sup>99</sup>.

Shultz considère qu'actuellement, c'est la deuxième option qui traduit le mieux l'intervention étatique en matière matrimoniale. En effet, l'État prescrit le contenu obligationnel du mariage, mais règle générale, refuse de reconnaître le caractère sanctionnable des obligations matrimoniales durant le mariage et d'arbitrer, à cette

---

<sup>98</sup> *Id.*, 212.

<sup>99</sup> *Id.*, 212.

occasion, les conflits susceptibles de se poser en relation avec ces obligations<sup>100</sup>.

De l'avis de l'auteure, c'est toutefois la troisième option qui permettrait d'atteindre l'équilibre recherché. En déléguant aux conjoints le soin de convenir de leurs droits et obligations respectifs, sous réserve de certaines considérations d'ordre public, on respecterait leurs aspirations particulières. Et en assurant la compétence des instances judiciaires pour en prononcer la sanction, on préserverait une certaine forme de contrôle étatique sur les volontés exprimées, tout en conférant à l'entente des conjoints la légitimité sociale nécessaire à son efficacité<sup>101</sup>.

Appuyer la troisième option équivaut à accepter la régulation contractuelle de la relation conjugale. D'emblée, Shultz reconnaît que la rationalité à la base du contrat peut sembler incompatible avec la relation conjugale, mais elle refuse d'y voir là un obstacle insurmontable:

«It seems a proposal to mix love and law, intimacy and economics, feelings and rationality, soft and hard. The whole notion [of contract] is counterintuitive, even disturbing. [...] Intimacy can coexist with planning and

---

<sup>100</sup> *Id.*, 232 et suiv.

<sup>101</sup> Shultz exprime cette option de la façon suivante : «[t]he state could leave most substantive marital rights and obligations to be defined privately, but make the legal system available to resolve disputes arising under the privacy created legislation.» : *id.*, 212.

choice; indeed today it must.»<sup>102</sup>

Plus loin, l'auteure ajoute :

«The reciprocity, explicitness, intentionality, consent, and even equality that characterise contractual ordering are substantially compatible with intimacy. Furthermore, self-interest can coexist with and contribute to healthy interpersonal relations.»<sup>103</sup>

Par ailleurs, Shultz remarque que le législateur lui-même semble maintenant s'ouvrir aux valeurs à la base du processus contractuel. D'abord, les lois traduisent aujourd'hui une plus grande tolérance envers les choix privés. Ainsi, le législateur a-t-il décriminalisé l'homosexualité et l'adultère<sup>104</sup>. Dans un autre ordre d'idées, il a formellement reconnu l'égalité des sexes<sup>105</sup>. En outre, tant les lois civiles, fiscales que criminelles tendent à reconnaître les conjoints comme deux individus autonomes, susceptibles de poursuivre des objectifs indépendants et d'avoir des intérêts distincts<sup>106</sup>.

Qui plus est, poursuit Shultz, le droit reconnaît déjà la validité de

---

<sup>102</sup> *Id.*, 209-210.

<sup>103</sup> *Id.*, 265.

<sup>104</sup> *Id.*, 269 et suiv.

<sup>105</sup> *Id.*, 272.

<sup>106</sup> *Id.*, 274 et suiv.

certaines ententes contractuelles entre partenaires engagés dans une relation intime. Ainsi, les ententes relatives à la propriété des biens des conjoints sont reconnues valables, de même que les ententes de divorce et les conventions d'union de fait<sup>107</sup>. Or, explique l'auteure, si l'État reconnaît le droit des conjoints ou des partenaires non mariés de faire certains contrats, c'est donc dire que la régulation contractuelle n'est pas en soi incompatible avec l'esprit des relations intimes.

D'autre part, Shultz note certains assouplissements du droit face à la rigidité qu'on attribue généralement au cadre contractuel. À son avis, ces assouplissements sont de nature à insuffler au processus contractuel une philosophie qui le rende davantage compatible avec la réalité conjugale, elle-même en mouvement. À titre d'exemple, elle réfère à la doctrine des «changed circumstances» qui autorise la modification des termes d'un contrat ou qui permet d'excuser le défaut d'une partie d'exécuter sa prestation en raison d'un changement majeur et imprévisible dans les circonstances<sup>108</sup>. L'auteure évoque également le principe de la bonne foi qui accorde au tribunal le pouvoir d'interpréter avec souplesse les engagements contractuels, en fonction du contexte général dans lequel se déroule la relation<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> *Id.*, 280 et suiv.

<sup>108</sup> *Id.*, 292-293.

<sup>109</sup> *Id.*, 293 et suiv.

Shultz termine son étude en s'interrogeant sur la faisabilité et la pertinence d'une sanction judiciaire des engagements contractuels que pourraient éventuellement établir les conjoints. À son avis, sauf exception, l'essentiel des obligations matrimoniales convenues par les conjoints devraient pouvoir être sanctionnées par les tribunaux, aussi bien durant la relation qu'au moment de sa rupture. En somme, l'adjudication représenterait la seule façon de conférer au contrat des conjoints la légitimité nécessaire à son efficacité :

«Yet precisely because of the continuing personal and social importance of relationships and the erosion of nonlegal support, the privately chosen values and obligations that have replaced or supplemented the traditional model need the reinforcement and legitimacy that law can provide.»<sup>110</sup>

Shultz considère que les conjoints devraient être en mesure de régler à l'amiable la majorité des différends qui les opposent, soit par la négociation, soit par la médiation, sans qu'il ne soit question de recourir au système judiciaire<sup>111</sup>. Dans une relation intime, il est évident que l'on doit d'ailleurs favoriser les modes de résolution non judiciaires<sup>112</sup>. À son avis, l'adjudication devrait toutefois demeurer au rang des options disponibles pour solutionner les impasses susceptibles de se traduire autrement par des injustices :

---

<sup>110</sup> *Id.*, 314-315.

<sup>111</sup> *Id.*, 317 et suiv.

<sup>112</sup> *Id.*, 319.

«The parties would have access to legal enforcement and dispute resolution. Such access is an incentive to honor legitimate expectations, is a backdrop to informal and private resolution of disputes, and is a last resort where informal and private solutions to conflict fail.»<sup>113</sup>

À ceux qui pourraient prétendre que l'intervention des tribunaux durant le mariage pourrait favoriser les conflits entre conjoints et compromettre l'harmonie du couple, Shultz rétorque qu'en matière de relations intimes comme dans tout autre type de relations humaines, le conflit est normal. À son avis, ce n'est pas tant l'émergence de conflits que l'inexistence de modes de gestion et de résolution efficaces qui peut s'avérer problématique : «[t]he mark of healthy relationship is not the absence of conflict, but its effective management and resolution»<sup>114</sup>. Aussi, le fait d'accorder aux conjoints un dernier recours en cas d'impasse ne devrait pas, à son avis, desservir leur relation.

À ceux qui pourraient prétendre que les tribunaux ne sont pas outillés pour sanctionner les obligations autres qu'économiques, telles certaines obligations que pourraient convenir les conjoints eu égard à l'organisation de leurs rapports personnels, l'auteure fait valoir que les tribunaux sont de plus en plus enclins à reconnaître les dimensions non économiques des contrats. Le versement de compensations pour indemniser les dommages moraux résultant d'un

---

<sup>113</sup> *Id.* 329 ; voir aussi à la page 319 et suiv.

<sup>114</sup> *Id.* 308.

bris de contrat («emotional distress damages»), de même que celles versées pour indemniser le contractant victime de la mauvaise foi de l'autre («breach of the duty of good faith and fair dealing»), s'inscrivent dans ce mouvement<sup>115</sup>. Selon Shultz, il apparaît plus facile de concevoir la régulation contractuelle de la relation conjugale dans un cadre exempt des restrictions conceptuelles du passé<sup>116</sup>.

## **B. La thèse de Lenore J. Weitzman**

La professeure Lenore J. Weitzman est sociologue et juriste. Publiée en 1981 dans une monographie intitulée *The Marriage Contract, Spouses, Lovers and the Law*<sup>117</sup>, sa thèse de 536 pages sur la régulation contractuelle de la relation conjugale se situe donc dans une perspective davantage sociologique que celle de Marjorie Maguire Shultz, essentiellement articulée autour du paradigme juridique.

Selon Weitzman, bien que l'on ait tendance à associer le contrat au

---

<sup>115</sup> *Id.*, 294 et suiv.

<sup>116</sup> L'auteure admet cependant qu'il y a aurait sans doute lieu, pour une première étape et afin de faciliter la transition des système de régulation, de limiter l'adjudication aux dimensions économiques du contrat. Par la suite, graduellement, les tribunaux pourraient se familiariser avec les dimensions non économiques, sur la base des développements ci-dessus mentionnés : *id.*, 300.

<sup>117</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981. Pour les références subséquentes à cet ouvrage, la mention *id.* sera utilisée afin d'alléger la lecture des notes infrapaginales.



milieu des affaires, le mariage implique bel et bien la présence d'un cadre contractuel. Soit, une différence fondamentale distingue le «contrat de mariage» des autres contrats. Contrairement aux autres contrats, le «contrat de mariage» est un contrat implicite imposé par l'État et dont les termes sont souvent inconnus par les parties :

«Clearly, this “marriage contract” is unlike most contracts; its provisions are unwritten, its penalties are unspecified, and the terms of the contract are typically unknown to the contracting parties.»<sup>118</sup>

En somme, selon Weitzman, ce n'est que lors du divorce, lorsqu'un différend surviendra au sujet de leurs droits et obligations, que les époux apprendront la portée véritable du contrat implicite, par la voix de leurs conseillers juridiques respectifs. Dès lors, les conjoints réaliseront que ce contrat est basé sur des présomptions qui ne correspondent plus nécessairement à la réalité d'aujourd'hui et particulièrement, à leur réalité propre.

Weitzman trace d'abord une étude historique du droit matrimonial et des valeurs d'inégalité qui ont longtemps été véhiculées par l'État. En somme, l'auteure s'emploie à décrire les termes du «contrat de mariage» traditionnel :

«The traditional marriage contract created a hierarchical family structure and defined the basic rights and obligations of husbands and wives on the

---

<sup>118</sup> *Id.*, p. xv.

basis of gender. It recognized the husband as head of the family and made him responsible for family support.»<sup>119</sup>

L'auteure reconnaît les changements qui ont été apportés à la loi au cours des dernières décennies aux fins d'assurer l'égalité des sexes. Cependant, elle remarque qu'aux plans sociologique et psychologique, les anciens stéréotypes ne sont pas entièrement disparus. Bien que la loi nouvelle ait été revue, il semble que l'ancien cadre légal ait conféré une certaine légitimité à l'inégalité, aussi bien au plan judiciaire qu'administratif. À titre d'exemples, Weitzman réfère aux décisions qui, en grande majorité, accordent la garde des enfants en bas âge à la mère suite à un divorce. À son avis, ces décisions reflètent la distribution traditionnelle des rôles autrefois enchassée dans la loi<sup>120</sup>.

L'auteure oppose ensuite le droit matrimonial à la réalité contemporaine du mariage. À son avis, le droit se base sur des présomptions quant à la nature et aux fondements du mariage qui confrontent la diversité et l'hétérogénéité des modèles matrimoniaux aujourd'hui observables :

«The present marriage laws are based on the assumption that all marriages are first marriages of young, white, middle-class, monogamous couples who bear children, divide the labor in the family along sex lines, and remain

---

<sup>119</sup> *Id.*, p. xxii.

<sup>120</sup> *Id.*, p. 101.

together for a lifetime. This model ignore the current evidence concerning divorce, marriage in middle age and throughout the life cycle, childless marriages, more egalitarian family patterns, diverse family forms among ethnic minorities [...].»<sup>121</sup>

C'est dans cette perspective que Weitzman présente le contrat comme le nouveau mode de régulation à privilégier en matière matrimoniale. À son avis, le contrat permettrait aux conjoints de s'affranchir des schémas traditionnels et d'aménager leur relation en fonction de leurs besoins particuliers :

«In a society highly conscious of individual rights and accustomed to depending on contracts to order many different types of relationships, it is reasonable for people in close personal relationships to consider writing a contract that fits their individual needs and life-styles.»<sup>122</sup>

Au-delà de cette considération, Weitzman attribue d'autres avantages précis à la régulation contractuelle de la relation conjugale, tant sur le plan juridique, psychologique que social. À ses dires, le processus contractuel soutiendrait la communication et la clarification des attentes qu'entretiennent les conjoints relativement à leur mariage et leur permettrait de planifier leur relation. En outre, le processus contractuel favoriserait l'identification de certaines situations problématiques susceptibles

---

<sup>121</sup> *Id.*, p. xxii ; voir également à la page 135 et suiv.

<sup>122</sup> *Id.*, p. 225.

de se produire en cours de relation et permettrait aux conjoints d'en prévenir la survenance par une négociation anticipée. Finalement, par le contrat, les conjoints se doteraient d'un cadre normatif («normative blueprint») traduisant les idéaux poursuivis en actions concrètes et susceptible de guider leurs conduites respectives<sup>123</sup>.

Weitzman complète son étude par une brève analyse de cinq décisions judiciaires provenant de différents États américains qui, à son avis, laissent entrevoir une certaine ouverture des tribunaux envers la régulation contractuelle de la relation conjugale. Ces décisions ont reconnu, à des degrés différents, le droit des époux de convenir, avant le mariage, d'ententes<sup>124</sup> relatives au partage de leurs biens respectifs en cas de divorce («property rights») et au versement de pensions alimentaires («alimony rights»)<sup>125</sup>.

Pour l'essentiel, on a accepté de reconnaître la validité de telles ententes pour autant, cependant, qu'il n'y ait ni fraude, dol, pression ou autre vice de consentement de part et d'autre. En somme, note Weitzman, certains tribunaux semblent maintenant évaluer les ententes matrimoniales à la lumière des conditions générales de

---

<sup>123</sup> *Id.*, pp. 232-234.

<sup>124</sup> Il s'agit précisément de «ante-nuptial agreements».

<sup>125</sup> *Posner v. Posner*, 233 So. 2d 381 (Fla. 1970) ; *Volid v. Volid*, 6 Ill. App. 3d 836, 286 N.E. 2d 42 (1972) ; *Buettner v. Buettner*, 89 Nev. 39, 505 P. 2d 600 (1973) ; *Unander c. Unander*, 506 P. 2d 719 (Ore. Sup. Ct 1973) ; *In Re Dawley*, 17 Cal. 3d 342, 551 P. 2d 323, 131 Cal. Rptr. 3 (1976) (citées dans *id.*, à la page 347 et suiv.).

validité des contrats et non en vertu d'une quelconque théorie spécifiquement réservée aux contrats entre conjoints<sup>126</sup>.

D'ailleurs, selon Weitzman, les critères légaux de révision qu'on applique aux contrats en général demeurent tout à fait adéquats en matière matrimoniale et sont de nature à assurer aux conjoints comme aux autres contractants une protection efficace contre les injustices de toutes sortes. Ainsi, Weitzman réfère-t-elle à la notion de «mutual mistake» qui permet de rescinder ou de réviser tout contrat en cas d'erreur sur une considération essentielle du contrat<sup>127</sup>. Weitzman mentionne également la doctrine de l'«impossibility» qui permet de revoir une obligation contractuelle lorsque les circonstances imprévisibles d'une relation en rendent l'exécution impossible :

«Under this doctrine, party may be relieved of an obligation if an intervening event, which neither party could have foreseen at the time they entered into the contract, makes the performance of the obligation either impossible or impracticable.»<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> *Id.*, p. 351.

<sup>127</sup> «Where a mistake of both parties at the time of contract was made as to a basic assumption on which the contract was made has a material effect on the agreed exchange of performances, the contract is voidable by the affected party unless he bears the risk of mistake [...]» : AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Second) of the Law of Contracts*, Tentative Draft N° 10. Chap. 12. Sec. 294 (1975), cité dans *id.*, p. 356.

<sup>128</sup> *Id.*, p. 358.

Enfin, l'auteure mentionne la théorie des «unconscionable contracts» qui permet d'annuler un contrat lorsqu'une partie a grossièrement exploité l'autre en se rendant coupable de lésion à son endroit<sup>129</sup>.

Ainsi, selon l'auteure, le processus contractuel posséderait en lui-même suffisamment de barrières pour qu'on cesse d'y voir continuellement une source d'injustices potentielles. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'on admettrait la régulation contractuelle de la relation conjugale qu'on laisserait les conjoints sans protection contre les abus et les injustices.

## **§ 2 La rationalité économique du contrat conjugal**

### **A. La thèse de Michael J. Trebilcock et Rosemin Keshvani**

Intitulée «The Role of Private Ordering in Family Law : A Law and Economics Perspective»<sup>130</sup>, la thèse de Michael J. Trebilcock et Rosemin Keshvani prône la régulation contractuelle des conséquences financières résultant de la division des rôles

---

<sup>129</sup> *Id.*, pp. 356-358.

<sup>130</sup> Michael J. TREBILCOCK et Rosemin KESHVANI, «The Role of Private Ordering in Family Law : A Law and Economics Perspective», (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 533. Voir également Michael J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, pp. 43-48. Pour une critique féministe de cette analyse, voir Wanda A. WIEGERS, «Economic Analysis of Law and "Private Ordering" : A Feminist Critique», (1992) 42 *University of Toronto Law Journal* 170 et Marcia NEAVE, «Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of "The Role of Private Ordering in Family Law"», (1994) 44 *University of Toronto Law Journal* 97.

matrimoniaux, tant aux termes de contrats précédant le mariage («ante-nuptial agreements») qu'aux termes de conventions faites à l'occasion de la rupture («separation agreements»).

Selon eux, la régulation contractuelle de ces aspects du mariage constitue une option réaliste et conforme aux réalités observables. L'égalité des conjoints, leur aspiration à une plus grande autonomie et la diversité des profils conjugaux représentent autant de facteurs militant en faveur d'une telle hypothèse.

Toutefois, au-delà des constats d'ordre socio-culturel amplement analysés par d'autres, les deux auteurs attribuent à la régulation contractuelle une finalité essentiellement économique<sup>131</sup>. En recourant au contrat pour aménager leur relation, les conjoints pourraient maximiser leurs bénéfices respectifs<sup>132</sup>. Le contrat constitue un système d'ajustements réciproques et représente le

---

<sup>131</sup> En rapport avec les conventions relatives à la rupture, d'autres avantages sont accessoirement reconnus à la régulation contractuelle, soit : la possibilité pour les conjoints de convenir d'un cadre convenant spécifiquement à leurs besoins, leur propension à se conformer davantage aux accords qu'ils ont eux-mêmes négociés qu'aux décisions qui leur sont imposées par des tiers ; la diminution des coûts humains résultant d'un procès et enfin, le sentiment de sécurité ressenti à l'idée de pouvoir compter sur des engagements fermes et stables permettant aux époux, suite à leur rupture, de refaire plus facilement leur vie (dans la mesure, évidemment, où les ententes sont en principe sanctionnables et définitives («binding and enforceable») : Michael J. TREBILCOCK et Rosemin KESHVANI, «The Role of Private Ordering in Family Law : A Law and Economics Perspective», (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 533, 549-550. Pour les références subséquentes à cet article, la mention *id.* sera utilisée afin d'alléger la lecture des notes infrapaginales.

<sup>132</sup> Ainsi, en améliorant le statut des deux conjoints, le contrat permettrait d'atteindre un coefficient «Pareto» supérieur.

point d'équilibre jugé satisfaisant par les parties directement concernées. En ce sens, il ne peut que s'avérer profitable à chacune d'elles, du moins en principe<sup>133</sup>. En somme, Trebilcock et Keshvani prétendent que les individus concernés sont mieux placés que l'État pour juger de ce qui est économiquement bon pour eux, de sorte que les solutions qu'ils auront contractuellement retenues leur seront mutuellement bénéfiques.

À l'inverse, écrivent les auteurs, la loi impose des règles susceptibles de transformer le mariage en une relation économiquement désavantageuse pour l'un ou l'autre des conjoints. Ainsi, le droit étatique ne reconnaît pas actuellement la *pleine* valeur économique du travail au foyer. Il peut en résulter, lors de la rupture du mariage, une perte importante pour le conjoint qui s'y consacre, généralement la femme : «[...] the non-market contributions of spouses in single-income families are systematically under-recognized by the legal system»<sup>134</sup>.

Or, si l'État acceptait d'admettre et de sanctionner les ententes particulières conclues par les époux, le conjoint se consacrant aux

---

<sup>133</sup> Les auteurs reconnaissent cependant l'importance de maintenir, en toute hypothèse, certaines garanties procédurales de manière à prévenir la fraude, l'erreur et possiblement, la lésion. Il est notamment question de soumettre les partenaires à l'obligation de bénéficier de conseils juridiques préalablement à la conclusion du contrat, de leur imposer des délais de réflexion et de prévoir une présomption de lésion en certaines circonstances («unfairness») : *id.*, 559-560.

<sup>134</sup> *Id.*, 554.



travaux domestiques pourrait exiger de l'autre qui cumule des ressources économiques à l'extérieur du foyer l'établissement d'un mécanisme contractuel lui permettant d'obtenir une compensation économiquement efficiente au jour de la rupture. Afin d'illustrer le rôle fondamental que pourrait jouer le contrat à cet égard, il nous semble intéressant d'évoquer sommairement quelques-uns des modèles de compensation analysés par les auteurs, sans toutefois en étudier toutes les modalités d'application<sup>135</sup>.

Le premier modèle est basé sur l'approche par le coût d'opportunité. Il implique l'évaluation, au jour de la rupture, du revenu que gagnerait à ce moment le conjoint qui a quitté son emploi pour se consacrer au foyer s'il était demeuré en poste et l'établissement au contrat d'un mécanisme lui permettant d'obtenir de l'autre le versement d'un revenu équivalent pour une période de temps pouvant s'étendre sur quelques années après la rupture, selon les circonstances en cause.

Les conjoints pourraient également décider de reconnaître les pertes subies par le conjoint au foyer *durant* le mariage, en prévoyant le versement d'une compensation monétaire, non seulement pour les années subséquentes à la rupture, mais également pour les années de vie commune, à la suite du retrait du marché du travail. Soit, reconnaissent Trebilcock et Keshvani, le conjoint au foyer aura sans

---

<sup>135</sup> Pour de plus amples informations sur les modalités d'application de ces mécanismes, voir l'étude des auteurs, aux pages 555-558.

doute bénéficié, *durant* le mariage, de l'augmentation des revenus de l'autre. Aussi, poursuivent-ils, il y aurait sans doute lieu de soustraire de la compensation établie aux fins de couvrir les pertes subies *durant* le mariage les gains ainsi réalisés par le conjoint au foyer<sup>136</sup>.

Une autre approche discutée par les auteurs consisterait à prévoir le versement, suite au divorce, d'une compensation monétaire équivalant à un pourcentage du revenu que gagnait durant le mariage le conjoint travaillant à l'extérieur du foyer.

Selon les auteurs, la formule la plus efficiente pour les deux conjoints se situerait entre les deux approches :

«[...] if the opportunity-cost measure of compensation (essentially, a reliance interest measure) for household production on divorce [...] generates a value of x, and an income or profit-sharing measure of compensation (essentially, an expectation interest measure) generates a higher value of y, optimal insurance for the two parties may fall between these lower and upper-bound values.»<sup>137</sup>

Par ailleurs, Trebilcock et Keshvani ne semblent pas ébranlés par les

---

<sup>136</sup> Comme le fait remarquer Marcia Neave, une telle évaluation peut cependant s'avérer très difficile à réaliser et impliquer d'importants coûts de transaction : «[t]he transaction costs in determining such gains on an individual basis could be considerable.» : Marcia NEAVE. «Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of "The Role of Private Ordering in Family Law"», (1994) 44 *University of Toronto Law Journal* 97, 104.

<sup>137</sup> *Id.*, 557.

objections qu'on oppose généralement à la régulation contractuelle de la relation conjugale. Sans en faire une étude approfondie, les auteurs font notamment référence à l'argument selon lequel le processus contractuel serait incompatible avec l'esprit du mariage. À leurs dires, un tel argument reflète une compréhension pour le moins partielle de la dynamique des rapports humains : «[...] the objection to private ordering in the various contexts canvassed in this paper reflect a curious scepticism about the validity of the panoply of human motivations for action»<sup>138</sup>.

Et quoiqu'il en soit, malgré les déficiences qu'on pourra toujours reconnaître au processus contractuel, Trebilcock et Keshvani considèrent qu'il s'agit néanmoins d'une solution de rechange à un système dont les lacunes ne sont certes pas inexistantes. Vouloir traduire les termes imagés qu'ils emploient pour décrire cette réalité ne rendrait pas entièrement justice à leur pensée. Aussi, il nous semble opportun de terminer la synthèse de leur analyse en reproduisant intégralement leur conclusion :

«Finally, we conclude on a note of circumspection : whatever the deficiencies of the private ordering process, in every context the hard question must be, compared with what? And the "what" with which actual private ordering regimes must be compared should not be some idealized alternative form of legal ordering, but the available alternative forms of legal ordering as they are actually likely to operate in the real world. [...]

---

<sup>138</sup> *Id.*, 589.

Without God being able directly to formulate and administer these alternative regimes, the preferences of legislators, judges, bureaucrats, "experts", and academics, with all their sundry biases and subjectivities, must be compared with the flawed self-understandings and preferences of individuals attempting to determine their life plans for themselves.»<sup>139</sup>

## **B. La thèse de Bertrand Lemennecier**

La thèse de Bertand Lemennecier sur la régulation contractuelle du mariage se situe elle aussi dans une perspective d'analyse économique. Elle est exprimée dans deux ouvrages complémentaires. Le premier, paru en 1988, est intitulé *Le marché du mariage et de la famille*<sup>140</sup> et contient un chapitre entier sur le contrat de mariage. Le second, paru en 1991, aborde l'analyse économique du droit dans un cadre plus général<sup>141</sup>, mais comporte certaines précisions sur la pensée qu'entretient l'auteur sur la liberté contractelle en matière matrimoniale.

Le lecteur jugera peut-être excessifs ou choquants les propos de

---

<sup>139</sup> *Id.*, 589.

<sup>140</sup> Bertrand LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, P.U.F., 1988.

<sup>141</sup> Bertrand LEMENNICIER, *Économie du droit*, Paris, Éditions Cujas, 1991. On pourra également consulter Shoshana GROSSBARD-SHECHTMAN et Bertrand LEMENNICIER, «Marriage Contracts and the Law-and-Economics of Marriage : an Austrian Perspective», à paraître dans (2000) *Journal of Socio-Economics*.

Lemennicier, de même que les illustrations fournies au soutien de ses prétentions. Sans doute, l'approche sèchement marchande qu'il préconise en rebutera plus d'un. Plus encore, les écrits de l'économiste pourront sembler polémiques à l'égard du discours féministe, une attitude que nous n'endossons nullement. Nous croyons néanmoins utile d'exposer la pensée de l'auteur, puisque la perspective économique qui la sous-tend justifie des mesures contractuelles semblables aux mécanismes de protection économique établis par le droit étatique, et parfois même plus avantageuses pour le conjoint qui en est généralement le bénéficiaire.

Pour Lemennicier, admettre le contrat comme mode de régulation de la relation conjugale serait un progrès considérable. À ses dires, le contrat permettrait aux partenaires de faire des ajustements conformes à la réalité du marché du mariage contemporain, en plus de faciliter la coopération du couple, de diminuer les coûts d'organisation de la production familiale et de favoriser sa stabilité. En somme, l'auteur considère que les époux pourraient, par le contrat, préserver les gains que chacun entend retirer du mariage en réduisant les risques de comportements opportunistes<sup>142</sup> :

«Pour se protéger contre un comportement volontaire du partenaire détruisant les gains de l'échange, un contrôle spécifique des actions des uns et des autres, par

---

<sup>142</sup> Bertrand LEMENNICIER. *Le marché du mariage et de la famille*. Paris. P.U.F., 1988, pp. 115-116 et p. 106.

l'intermédiaire d'un "contrat", est proposé. Le but explicite de ce contrat est de "pré-engager" les partenaires afin qu'ils respectent les termes de l'échange. Il s'agit de les empêcher, une fois le contrat conclu, de "tricher" avec les termes de celui-ci.»<sup>143</sup>

L'auteur illustre sa pensée à partir d'un exemple concret, mettant en scène deux étudiants appelés à faire des choix au moment du mariage quant à leur rôle ou à leur contribution respective au mariage<sup>144</sup>. Il s'agit précisément d'étudiants de premier cycle qui souhaitent initialement, après l'obtention de leur diplôme de premier cycle, compléter leurs études de deuxième cycle afin d'obtenir un revenu de 10 000 unités par mois, par comparaison aux 8 000 unités qu'ils obtiendraient s'ils se limitaient au premier cycle. Or, l'étudiant propose le contrat de mariage suivant à l'étudiante :

Celle-ci est invitée à renoncer à ses études de deuxième cycle afin d'intégrer le marché du travail et partant, d'employer la moitié de son revenu de 8 000 unités par mois pour financer, pendant 2 ans, les études de deuxième et troisième cycle de son futur mari. Il appert qu'un diplôme de doctorat rapporterait éventuellement à ce dernier 20 000 unités par mois. En retour, le futur mari s'engagerait à verser à sa future femme la moitié du revenu supplémentaire que lui

---

<sup>143</sup> Bertrand LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, P.U.F., 1988, p. 106.

<sup>144</sup> Voir Bertrand LEMENNICIER, *Économie du droit*, Paris, Éditions Cujas, 1991, p. 80 et suiv.

permettrait d'obtenir son diplôme de doctorat, c'est-à-dire 5 000 unités par mois ( $20\,000 - 10\,000 / 2$ ).

Dans la mesure où une telle entente est effectivement conclue et respectée de part et d'autre, elle permettrait tant au mari qu'à la femme de gagner un revenu plus élevé que ce qu'ils auraient obtenu s'ils avaient tous deux décroché un diplôme de deuxième cycle. En ce sens, l'entente apparaît économiquement efficiente pour les deux conjoints.

En somme, la femme investirait 96 000 unités (4 000 unités par mois X 48 mois) dans le diplôme de son mari, dans le but d'obtenir éventuellement un revenu de 13 000 unités par mois (ses 8 000 unités plus les 5 000 unités que lui verserait son mari), soit l'équivalent de 3000 unités par mois de plus que les 10 000 unités qu'elle aurait autrement obtenues (36 000 unités supplémentaires par an). Trois ans après l'obtention du doctorat, la femme aurait donc récupéré son investissement de 96 000 unités, puisqu'elle aurait accumulé un bénéfice supplémentaire total de 108 000 unités (36 000 unités X 3 ans).

Cela dit, la femme pourrait subir une lourde perte économique si le mari ne respectait pas l'entente. Dans l'hypothèse où il la quitterait immédiatement après avoir obtenu son diplôme de doctorat, ou avant qu'elle n'ait pu récupérer son investissement, elle perdrait les 96 000 unités (ou un peu moins s'il la quitte non pas immédiatement

après l'obtention du doctorat mais quelques temps plus tard) investies dans les études du mari, en plus d'être privée du supplément de revenu qu'elle aurait personnellement obtenu si elle avait prolongé ses études jusqu'à la maîtrise, soit 2 000 unités de plus par mois.

Aux dires de Lemennicier, il s'agit là d'un risque de perte qu'un contrat entre conjoints pourrait couvrir, aux termes d'une clause de dédommagement. En fait, les conjoints seraient appelés à évaluer eux-mêmes, dans leur contrat, les coûts de rupture du mariage, en fonction de leurs besoins et de leur situation particulière.

Certes, poursuit l'auteur, entre deux couples appartenant à des catégories socio-professionnelles, à des religions, à des pays, voire à des époques différentes, si une divergence dans la répartition des coûts du divorce apparaît, les demandes contractuelles seront vraisemblablement différentes<sup>145</sup>. Or, le «contrat d'adhésion» proposé par le Code civil actuel s'oppose à cette différenciation :

«Il [le contrat de mariage] permettrait aux couples d'échapper à la conformité du contrat d'adhésion type proposé par le Code civil. Il offrirait la possibilité de moduler la codification des relations selon la situation et les besoins du couple. [...] Au lieu d'escompter du juge aux affaires matrimoniales un règlement au moment du divorce, on peut spécifier à l'avance des clauses de

---

<sup>145</sup> Bertrand LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, P.U.F., 1988, p. 113.



pénalité en cas de rupture abusive ou unilatérale ou le montant des dommages que les deux époux se devront dans une telle situation. L'avantage d'un tel contrat est qu'aucune des deux parties ne se voit imposer des clauses auxquelles elle n'a pas consenti [...].»<sup>146</sup>

Selon Lemennicier, différents mécanismes de dédommagement, reposant sur différentes approches, pourraient être envisagés. L'auteur reprend l'exemple précédent pour les expliquer. D'abord, il pourrait être prévu au contrat qu'en cas de rupture, le mari verserait à la femme, sous forme de rentes, l'équivalent du revenu supplémentaire qu'elle aurait obtenu si le mariage s'était poursuivi, soit 36 000 unités par année («expectation damages»).

Une autre approche serait de concevoir le dommage subi par l'épouse en considérant le risque qu'elle a pris en acceptant le marché proposé. Seul ce risque serait alors couvert ou «assuré». En fait, si la femme était demeurée célibataire et avait poursuivi ses études de maîtrise, elle aurait obtenu 10 000 unités, soit 2 000 unités de plus que ce qu'elle gagne suite à la rupture (situation initiale). Par conséquent, la perte réellement subie et couverte serait de 2 000 unités par mois ou 24 000 unités par année («reliance damages»)<sup>147</sup>.

On pourrait également prévoir qu'en cas de rupture, le mari ne fera

---

<sup>146</sup> Bertrand LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris. P.U.F., 1988, p. 116.

<sup>147</sup> Ce montant devrait donc lui être versé jusqu'à ce qu'elle complète ses études ou épouse un homme capable de lui procurer un revenu identique à 10 000 unités par mois.

que rembourser à la femme le coût du financement de ses études (les études du mari). Enfin, explique Lemennicier, on pourrait théoriquement interdire le divorce ou prévoir une durée minimale du mariage, durée suffisante pour permettre à la femme de récupérer au moins son investissement.

Selon l'auteur, les clauses de «reliance damages» et de «expectation damages» représentent le dédommagement minimum et maximum qui pourrait devoir être payé à l'épouse :

«Maintenir l'épouse dans un niveau de vie identique à celui qu'elle aurait eu en restant célibataire n'est pas autre chose que le prix minimum que la femme exigerait pour accepter que son époux rompe le contrat si une telle clause existait dans le contrat de mariage. Maintenir l'épouse dans un niveau de vie identique à celui qu'elle anticipait est le prix maximum que le mari est prêt à payer pour rompre le contrat.»<sup>148</sup>

Lemennicier explique qu'au plan de l'analyse économique, la solution efficiente se situerait vraisemblablement entre ces deux solutions extrêmes. Si l'étudiant vendait aux enchères son diplôme aux rivales de son épouse, l'une d'entre elles accepterait de payer plus que le prix minimum mais moins que le prix maximum puisqu'elle voudrait sans doute retirer un bénéfice positif de ce contrat de mariage<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Bertrand LEMENNICIER, *Économie du droit*, Paris, Éditions Cujas, 1991, p. 91.

<sup>149</sup> Bertrand LEMENNICIER, *Économie du droit*, Paris, Éditions Cujas, 1991, p. 92.

Lemennicier termine son analyse en discutant brièvement des arguments qu'on oppose à la régulation contractuelle du mariage. À ceux qui prétendent que le caractère formel et non sacré du contrat détruirait le fondement émotionnel des relations intimes qui en font tout l'attrait et sur lequel s'établit un mariage durable, Lemennicier répond qu'un conjoint qui «souhaite un engagement de sa part vis-à-vis de son partenaire pour le protéger contre ses propres faiblesses» pose un geste de confiance et d'amour, tout à fait conforme avec l'esprit du mariage<sup>150</sup>.

Quant à l'argument suivant lequel le contrat ne saurait valablement accommoder une relation aussi fluide et changeante que la relation conjugale, l'auteur mentionne qu'il ne s'agit pas d'un problème propre au domaine matrimonial. Tout contrat destiné à encadrer une relation de long terme doit composer avec cette réalité. Tel est le cas du contrat de travail et de plusieurs contrats commerciaux. Selon Lemennicier, on peut faire face au caractère mouvant des échanges en prévoyant une clause contractuelle de renégociation du contrat. Et par ailleurs, exprime l'auteur, la jurisprudence pourrait éventuellement décider qu'en présence d'un événement

---

<sup>150</sup> Bertrand LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, P.U.F., 1988, pp. 117-118. L'auteur reconnaît toutefois qu'en réalité, les perceptions risquent d'être fort différentes. Ainsi, à la page 197, il écrit : «[l]e lecteur n'est sans doute pas encore prêt à accepter que l'on discute ainsi des aspects les plus intimes de sa vie. Il lui faudra du temps pour se pénétrer de la justesse de cette interprétation. On ne peut lui en vouloir, puisque les économistes eux-mêmes, dans leur grande majorité, n'y sont pas encore prêts. Leur refus ressemble fort à celle du médecin qui diagnostique aisément une maladie grave à partir des symptômes qu'il observe chez ses patients, mais ne la reconnaît pas lorsqu'il en est lui-même atteint».

particulièrement imprévisible, telle clause du contrat ou telle autre serait tout simplement privée d'effet<sup>151</sup>.

### **Conclusion du chapitre**

Que ce soit au plan de la morale matrimoniale, de la justice matrimoniale ou des rapports économiques qu'entretiennent les conjoints, il apparaît aujourd'hui socialement légitime d'entrevoir la relation conjugale sous l'angle du contrat.

L'analyse du devoir de fidélité, des causes et de la procédure de divorce ainsi que de la politique législative provinciale des dernières décennies en matière familiale nous a convaincu de la nécessité de procéder à la réévaluation et à la redéfinition du cadre légal actuellement imposé aux conjoints. Face à l'évolution sociale, il apparaît illégitime de maintenir des normes dont la rigidité ne permet pas de traduire adéquatement la diversité des valeurs conjugales aujourd'hui véhiculées et de donner à l'autonomie et l'égalité des conjoints une portée véritable.

En outre, nous avons pu constater que la régulation contractuelle de la relation conjugale jouit d'importantes assises théoriques, non seulement au plan socio-culturel, mais également économique. Juristes, sociologues comme économistes reconnaissent donc, aux

---

<sup>151</sup> Bertrand LEMENNICIER. *Le marché du mariage et de la famille*. Paris. P.U.F., 1988, p. 118.

fins de leur discipline respective, la rationalité d'une telle proposition.

Pour conclure ce chapitre sur la légitimité du contrat conjugal, il est intéressant d'exposer brièvement la pensée du sociologue Jacques Commaille sur l'évolution des conditions d'élaboration et de traitement politique des lois de la famille en France<sup>152</sup>. Une évolution qui, à certains égards, permet d'asseoir notre hypothèse de recherche sur une rationalité d'ordre politique.

Après avoir étudié le processus d'adoption des récentes législations en matière familiale<sup>153</sup>, Commaille constate que le modèle traditionnel de régulation dit «univoque» laisse progressivement place à nouveau modèle dit «plurivoque». Dans le premier modèle, explique-t-il, la régulation est le produit d'une volonté étatique centrale cherchant à établir un contrôle social, en exerçant par des lois et réglementations une influence régulatrice et directrice de la société sur le comportement de ses membres. Il s'agit, selon Commaille, d'un modèle de régulation «par le haut» source d'un droit

---

<sup>152</sup> Jacques COMMAILLE. *L'esprit sociologique des lois*. Paris, P.U.F.. 1994. Pour les références subséquentes à cet ouvrage, la mention *id.* sera utilisée afin d'alléger la lecture des notes infrapaginales.

<sup>153</sup> Il s'agit précisément de la loi du 3 janvier 1972 en matière de filiation, de la loi du 22 juillet 1987 instituant la possibilité de l'autorité parentale conjointe et de la loi du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant un juge aux affaires familiales : *Id.*, p. 12.

qu'on pourrait qualifier de «transcendant»<sup>154</sup>.

Dans le second modèle, l'individu et le social occupent une place prépondérante. Plutôt que d'émaner d'une volonté centrale et unificatrice, la loi devient la résultante d'un «[...] processus complexe fait d'emboîtements de configurations d'acteurs et de ressources, de la conception du texte jusqu'à ses mises en oeuvre multiples»<sup>155</sup>. Le droit est «immergé dans le social»<sup>156</sup>. Il n'est plus dicté «par le haut» sur la base de principes transcendants. Il vient plutôt «d'en bas», générant ainsi une régulation dite «immanente». Autrement dit, le droit est inspiré des attentes manifestées par les citoyens et citoyennes et par les groupes sociaux. Ainsi, Commaille écrit :

«Aujourd'hui, l'inspiration d'une politique ne vient plus d'en haut, la source de la politique gouvernementale vient d'en bas. En effet, les gouvernements sont très attentifs aux attentes des Français qui sont quotidiennement formulées dans des sondages. Les gouvernements savent ce que souhaitent les Français ou comment ils réagissent aux mesures qui sont testées parfois auprès de l'opinion avant de devenir des décisions ou d'être rejetées.»<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> *Id.*, p. 248, p. 136, p. 255 et pp. 198-204.

<sup>155</sup> *Id.*, p. 249.

<sup>156</sup> Il s'agit là d'une expression de Georges Gurvitch dans *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940, cité dans *Id.*, à la page 136.

<sup>157</sup> *Id.*, p. 238.

Comme illustration concrète de cette évolution, Commaille note l'effacement relatif du ministère de la Justice dans le processus de production des lois, au profit d'autres structures étatiques davantage orientées vers le social que le normatif, tels le ministère des Affaires sociales, le secrétariat d'État à la Famille et le secrétariat d'État aux Droits des Femmes<sup>158</sup>.

Aux dires de Commaille, ces autres structures prônent un modèle de régulation juridique cherchant à coller le plus près possible aux évolutions sociales, tant au niveau des comportements, des attitudes, des aspirations que des situations<sup>159</sup>. L'auteur voit donc dans leur intervention le signe d'une mutation dans les conditions d'élaboration et de traitement politique des lois, mutation elle-même révélatrice d'une possible redéfinition de l'ordre social où l'État reconnaîtrait davantage le rôle des individus et des groupes sociaux dans l'élaboration des normes.

Selon Commaille, l'idée du pluralisme juridique pourrait permettre de refléter ou d'intégrer ce changement d'orientation, puisqu'une telle perspective reconnaît la légitimité des différents modèles d'organisation de la vie sociale, et substitue, d'une certaine façon, l'autonomie des individus à l'ordre imposé :

---

<sup>158</sup> *Id.*, p. 135.

<sup>159</sup> *Id.*, pp. 134-135.

«[Une telle approche de l'économie normative] postule que l'accomplissement d'un ordre social ne peut simplement relever d'injonctions venues d'un pouvoir central mais que les fondements mêmes de cet ordre sont, ou doivent être, issus de ces multiples normativités à l'oeuvre au sein de l'ensemble social.»<sup>160</sup>

En corollaire, il semble que le rapport qu'entretiennent les justiciables face à la normativité ait profondément évolué au cours des dernières décennies. Selon Jean De Munck, les acteurs sociaux auraient développé une capacité réflexive face aux différents ordres normatifs et aspireraient à une participation de plus en plus grande dans l'élaboration des cadres normatifs<sup>161</sup>.

Le réaménagement du champ de la dispute constituerait, à cet égard, un symptôme éclairant. Afin de suppléer aux insuffisances de la législation, de l'administration traditionnelle et de l'adjudication classique, les acteurs sociaux se tournent de plus en plus vers les

---

<sup>160</sup> *Id.*, p. 205.

<sup>161</sup> Le philosophe André Berten attribue d'ailleurs ce phénomène à la pluralisation irréductible des modèles culturels et partant, des ordres normatifs : «[i]l en résulte [du pluralisme] que les orientations de l'action ne peuvent plus se déterminer par rapport à des ordres axiologiques prétendument universels et sont perçues par les acteurs, de plus en plus explicitement, comme choix, comme décision. [...] Du point de vue de la coordination de l'action, il faut dès lors abandonner la représentation d'un monde qui fournirait le cadre le plus général de ce qu'il faut faire ou ne pas faire et, en conséquence, la question de la coordination est renvoyée aux acteurs eux-mêmes. Or ceux-ci se découvrent de plus en plus comme des coopérants pragmatiques, partageant de façon stratégique, ponctuelle ou durable, un ou plusieurs projets partiellement communs.» : André BERTEN, «Préface», dans Jean DE MUNCK et Marie VERHOEVEN, *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité*, Paris, De Boeck Université, 1997, p. 5, à la page 7.



forums de médiation et de concertation, où ce sont précisément l'interaction, la négociation et la discussion entre les destinataires mêmes de la norme qui en permettent la définition :

«[...] le mouvement dit de "médiation familiale" tend à gagner du terrain, aux U.S.A. et au Canada d'abord, en Europe ensuite, se substituant peu à peu aux interventions du "planning familial" propre à l'État social ou aux interventions du juge de la famille.»<sup>162</sup>

Selon De Munck, les tendances observables témoignent de l'émergence d'un nouveau modèle d'intervention législative. Au modèle classique établissant substantiellement les codes de conduite se substituerait un «modèle rationnel-négocié» reconnaissant la participation des acteurs sociaux dans l'élaboration et la révision des normes et intégrant incidemment la dynamique d'internormativité qui caractérise leurs échanges. Dans un tel contexte, l'État n'est plus perçu comme le lieu «d'intégration de la totalité sociale», il apparaît plutôt comme partenaire des acteurs. Il lui revient de leur fournir les ressources dont ils ont besoin pour structurer leurs actions et interactions, mais sans en planifier

---

<sup>162</sup> Jean DE MUNCK, «Normes et procédures : les coordonnées d'un débat», dans Jean DE MUNCK et Marie VERHOEVEN, *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité*, Paris, De Boeck Université, 1997, p. 25, à la page 59. Voir également André BERTEN, «Préface», dans Jean DE MUNCK et Marie VERHOEVEN, *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité*, Paris, De Boeck Université, 1997, p. 5, à la page 6.

l'usage social<sup>163</sup>.

L'évolution des modèles de régulation politique et juridique, conjuguée à la mutation du rapport à la norme des justiciables constituant, selon nous, un argument supplémentaire à l'appui de la régulation contractuelle de la relation conjugale.

Le législateur lui-même se montre ouvert aux attentes particulières des citoyens et citoyennes, tandis que ceux-ci aspirent à une participation de plus en plus grande dans l'élaboration des normes les gouvernant. Ainsi, l'aménagement du droit des conjoints de convenir du cadre de leur relation conjugale s'inscrirait dans le modèle «plurivoque» décrit par Commaille et permettrait d'apporter réponse aux nouvelles aspirations des justiciables, telles qu'énoncées par De Munck.

---

<sup>163</sup> Jean DE MUNCK et Marie VERHOEVEN, «Conclusion», dans Jean DE MUNCK et Marie VERHOEVEN, *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité*, Paris, De Boeck Université, 1997, p. 269, à la page 271 et suiv. Voir Jean DE MUNCK, «Normes et procédures : les coordonnées d'un débat», dans Jean DE MUNCK et Marie VERHOEVEN, *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité*, Paris, De Boeck Université, 1997, p. 25, à la page 61.

## **CHAPITRE 3**

### **LE SOUTIEN PROFESSIONNEL AU CONTRAT CONJUGAL**

On ne saurait valablement proposer une nouvelle conception du contrat conjugal sans traiter de l'intervention professionnelle susceptible de le soutenir et de le promouvoir auprès des couples.

La notion d'intervention professionnelle réfère ici à l'action des professionnels comme interactivité pratique<sup>1</sup>. Il est vrai qu'on a rarement employé cette notion pour définir ou expliquer la pratique notariale du contrat de mariage classique. Règle générale, on appose l'étiquette d'intervenant au professionnel dont l'action pro-active s'intègre dans un processus d'échange continu avec le client et la situation dans laquelle celui-ci se trouve. Pensons simplement au psychologue ou au travailleur social.

Or, on définit généralement la pratique notariale à partir des actes et des contrats que le notaire rédige au bénéfice de ses clients et

---

<sup>1</sup> Pour une définition des différents sens de la notion d'intervention, voir Claude NÉLISSE, «L'intervention : catégorie floue et construction de l'objet», dans Claude NÉLISSE et Ricardo ZUNIGA (dir.), *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997, p. 16.

qu'on assimile davantage à un produit en soi qu'à un élément véritablement intégré dans un processus d'interaction. Quoiqu'il en soit, nous retenons ici un sens suffisamment large de la notion d'intervention professionnelle pour y inclure l'«agir professionnel» sous toutes ses formes.

Après avoir traité des circonstances et des motifs pouvant justifier qu'on fasse appel à un ou une notaire pour soutenir la préparation et la rédaction du contrat conjugal (section 1), nous nous interrogerons sur l'approche professionnelle qu'exigerait un tel exercice (section 2). Enfin, nous traiterons de la planification du contrat conjugal à proprement parler. À cet égard, nous tenterons d'identifier précisément les aspects de la relation conjugale susceptibles d'être explicités en termes contractuels (section 3).

## SECTION 1 : LA PERTINENCE D'UNE INTERVENTION NOTARIALE

L'article 431 du Code civil précise qu'il est loisible aux conjoints de faire toutes sortes de stipulations matrimoniales, pour autant que ce soit par contrat de mariage passé devant notaire<sup>2</sup>. S'il ne fait aucun doute que l'établissement d'un régime matrimonial et de donations entre conjoints doit impérativement respecter cette condition de forme pour qu'on puisse leur donner plein effet et en obtenir éventuellement la sanction judiciaire, on ne peut pas en dire

---

<sup>2</sup> Les stipulations doivent toujours, bien entendu, respecter les dispositions impératives de la loi et l'ordre public.

autant de toutes les autres dispositions susceptibles de meubler le contrat conjugal. Pensons par exemple aux dispositions traduisant en termes d'engagements réciproques les attentes des conjoints relativement aux enfants, aux carrières et aux rôles conjugaux et à celles instituant un mécanisme de réévaluation périodique et de résolution des différends<sup>3</sup>.

Peut-on prétendre que ces dispositions sont véritablement des stipulations matrimoniales au sens de l'article 431 du Code civil et doivent en conséquence revêtir la forme notariée? Rien n'est moins sûr. À notre avis, ce sont essentiellement aux ententes de type patrimonial dont les conjoints ou même un tiers sont susceptibles de demander éventuellement la sanction judiciaire auxquelles le législateur fait ici référence et non à celles portant sur les aspects relationnels du mariage qui, comme nous l'avons précédemment mentionné, n'ont pas véritablement vocation à être sanctionnées par les tribunaux. Cette considération nous permet d'ailleurs de constater que la question soulève un faux problème. Si de telles dispositions n'ont pas vocation à être sanctionnées, pourquoi alors s'interroger sur les formalités susceptibles de leur procurer ce caractère sanctionnable?

Cela étant dit, hormis les éléments qui tombent inévitablement sous le coup de l'article 431 du Code civil et qui requièrent l'intervention d'un ou d'une notaire, les conjoints pourraient-ils se charger eux-

---

<sup>3</sup> *Infra*, §2, section 3, chapitre 3, partie 3.

mêmes de la rédaction des autres dispositions du contrat conjugal, sans l'intermédiaire de quelque professionnel que ce soit?

Certes, il serait souhaitable que les conjoints soient en mesure de rédiger eux-mêmes ces autres dispositions, dont l'objectif consiste essentiellement à établir le cadre normatif à l'intérieur duquel s'articuleront leurs rapports personnels. Si, comme nous avons tenté de le démontrer dans la deuxième partie, les couples d'aujourd'hui communiquent et négocient de plus en plus ouvertement, on peut croire qu'ils possèdent déjà certaines des habilités de base nécessaires à l'établissement et l'explicitation de leur propre cadre normatif. Sans doute, serait-il avantageux qu'on puisse éventuellement leur fournir des guides pratiques comportant un échantillonnage de clauses contractuelles qu'ils pourraient ajuster en fonction de leurs besoins normatifs spécifiques.

Il faut toutefois noter qu'un soutien professionnel pourrait, dans certaines circonstances, s'avérer profitable. Tous les couples ne parviendront pas à rédiger eux-mêmes la portion dite relationnelle du contrat. Parfois, les habilités communicationnelles des conjoints feront défaut. Un tiers qualifié aura alors intérêt à intervenir dans le processus pour aider le couple à définir et expliciter son projet de vie commune. Dans d'autres cas, c'est le contexte émotif ou le manque de recul des conjoints qui justifiera l'intervention objective et désintéressée d'un professionnel. Il faut admettre que l'élaboration du projet de vie constitue une opération complexe,

délicate et parfois difficile à gérer par les conjoints eux-mêmes.

Dans la mesure où un soutien professionnel s'avérerait ainsi nécessaire, quel professionnel serait le mieux placé pour l'assurer?

La dimension relationnelle du contrat conjugal exige le déploiement d'habiletés situées aux confins du droit, de la psychologie et de la thérapie conjugale. Il est donc permis de croire que les professionnels issus de ces différentes disciplines pourraient se charger de sa préparation et de sa rédaction. On peut, à cet égard, faire un parallèle avec la médiation familiale. S'agissant également d'un exercice impliquant une certaine forme de multidisciplinarité, le législateur reconnaît le droit de rédiger des ententes de rupture intervenues dans le cadre d'une médiation non seulement aux avocats et aux notaires, mais également aux travailleurs sociaux, psychologues et conseillers en orientation, pour autant qu'ils aient été préalablement accrédités à titre de médiateurs familiaux<sup>4</sup>. Les conjoints qui souhaitent recourir à la médiation familiale ont donc la liberté de consulter l'un ou l'autre de ces professionnels.

De la même façon, le choix entre un juriste et un intervenant psycho-social pour soutenir la préparation et la rédaction du contrat

---

<sup>4</sup> *Règlement sur la médiation familiale*, R.R.Q., 1981, c. C-25, r. 2.1, art. 1(1). Certains semblent toutefois très critiques à l'égard des conventions rédigées par des non-juristes : voir les propos de M<sup>e</sup> Pierre Côté tenus lors du Congrès du Barreau (3-5 juin 1999, Québec) rapportés par Rolande VALLIÈRES, «Où va le droit de la famille?», *Journal du Barreau*, Montréal, 1<sup>er</sup> août 1999, p. 14.

conjugal, dans sa dimension relationnelle, devrait revenir aux conjoints concernés.

À notre avis, ce sont toutefois les professionnels du droit qui sont les mieux outillés pour agir en la matière. Que ses dispositions appartiennent ou non au domaine des obligations légales, qu'elles soient ou non sanctionnables par les tribunaux, le contrat conjugal a essentiellement pour objet la définition et l'explicitation d'un cadre normatif. En d'autres termes, l'opération vise à traduire les besoins de régulation des conjoints sous forme d'engagements réciproques, quel que soit l'ordre normatif auxquels ils appartiennent. Il s'agit là, selon nous, d'un exercice qui se rapproche davantage de la pratique du droit que de la psychologie ou de la thérapie conjugale, pour autant que l'on aborde le droit dans une perspective pluraliste<sup>5</sup>.

Et parmi les juristes, il nous semble que c'est le notaire qui réunit les attributs les plus pertinents à la préparation et à la rédaction de l'ensemble du contrat conjugal. D'aucuns verront dans cette préférence un clin d'oeil «corporatiste» à la profession dont l'auteur de la présente thèse est membre. Ce n'est pourtant pas la perspective qui sous-tend nos propos. D'une part, nous ne défendons nullement l'octroi d'une juridiction exclusive aux notaires. Nous convenons que d'autres professionnels sont tout autant qualifiés pour agir en la matière. D'autre part, certains arguments peuvent

---

<sup>5</sup> Nous avons déjà abordé sommairement cette question : *Supra* : §3, section 2, chapitre 1, partie 3. Nous y reviendrons plus en détails : *Infra* : §1, section 2, chapitre 3, partie 3.



être objectivement avancés pour soutenir notre préférence.

D'abord, le notaire possède une expertise particulière en matière de rédaction de conventions matrimoniales. C'est effectivement à lui, en sa qualité de juriste et d'officier public impartial<sup>6</sup>, que le législateur a confié la tâche de recevoir les contrats de mariage, tant ceux faits avant la célébration du mariage qu'après. De plus, au-delà du domaine matrimonial, la pratique notariale dans son ensemble se structure autour du contrat. Le professeur Roderick A. Macdonald qualifie d'ailleurs le notaire de «magistrat de la juridiction consensuelle»<sup>7</sup>.

Également, le notaire est depuis toujours considéré comme le conseiller privilégié des conjoints et de leur famille, présent aux étapes importantes de leurs vies, que ce soit pour recevoir l'acte d'achat de leur propriété, rédiger leur testament et leur mandat d'inaptitude, voir au règlement de la succession de leurs proches et présider les conseils de famille.

Par ailleurs, le recours au notaire, dont l'intervention est de toute façon requise pour la rédaction et la réception des conventions de nature patrimoniale, permettra d'unifier les différentes dispositions du contrat conjugal, quel que soit le registre normatif auxquelles

---

<sup>6</sup> *Loi sur le notariat*, L.R.Q. c. N-2, art. 2 et 15(b).

<sup>7</sup> Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 9.

elles appartiennent. À notre avis, le contrat peut avantageusement former un tout, plutôt que d'être conçu de façon compartimentée. Toutes les obligations, qu'elles soient d'ordre légal ou moral, doivent revêtir la même importance aux yeux des conjoints. L'intervention d'un seul et même professionnel, en l'occurrence le notaire, permettra de rassembler l'ensemble des dispositions à l'intérieur d'un seul et même acte, ce qui favorisera sans doute une perception intégrée du contrat conjugal.

Enfin, le formalisme attaché aux actes notariés permettra aux conjoints de se conscientiser davantage au sérieux des engagements stipulés<sup>8</sup>. Autrement dit, la seule présence du notaire, perçu comme un authenticateur de documents importants qu'on associe généralement au domaine de la contrainte, contribuera à renforcer le sentiment d'engagement des conjoints<sup>9</sup>.

Ainsi, l'expertise contractuelle du notaire, conjuguée aux rapports

---

<sup>8</sup> On rejoint ici la fonction de solennité du formalisme contractuel telle que définie par Lon Fuller, dont avons déjà traitée, *supra* : §3, section 2, chapitre 1, partie 3. Traitant des formalités de l'acte notarié, le professeur Macdonald écrit dans le même sens: «[d]e telles formalités d'exécution permettent aux parties contractantes de prendre la mesure de leur cocontractant, de découvrir plus clairement ce que chacun cherche à faire, et c'est là le début de l'ordre normatif implicite dans lequel leur relation va se dérouler.» Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 28. Sur le caractère éventuellement «dysfonctionnel» du formalisme notarial, voir toutefois Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 108-109.

<sup>9</sup> À cela, on peut ajouter certains des avantages accessoires de l'acte notarié, soit la conservation au rang des minutes du notaire et la communication éventuelle du contrat conjugal sous forme de copies authentiques : *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, art.

qu'il entretient traditionnellement avec les familles et au formalisme accompagnant son intervention font de lui, à notre avis, le professionnel tout indiqué pour soutenir la préparation et la rédaction du contrat conjugal.

## SECTION 2 : LA NÉCESSITÉ D'UNE INTERVENTION NOTARIALE RENOUVELÉE

Il convient maintenant de s'interroger sur l'approche de l'intervention notariale que pourraient nécessiter la préparation et la rédaction du modèle contractuel proposé.

Indubitablement, le modèle proposé nécessite une intervention notariale redéfinie et repensée en fonction des nouvelles réalités sociales et conjugales. Une intervention conçue dans une perspective globale et non en fonction du seul paradigme juridique classique. On peut faire ici un parallèle intéressant avec l'approche holistique.

De façon générale, l'approche holistique aborde le sujet d'étude en prenant pour acquis qu'il ne peut être isolé de son contexte. En d'autres termes, on postule qu'un sujet ne peut être analysé et compris qu'à partir de son environnement :

«“Holism” may be defined as either a theory or a type of philosophy in which the claim is made that the elements or parts of reality form an interconnected, interdependent whole in such a manner that the element or part, if isolated or divorced from the whole would be

radically different from what it is ; also, the whole, if separated, isolated, or divorced from the individual element or part, would be very different from what it is because of that separation.»<sup>10</sup>

Au cours du 20<sup>e</sup> siècle, l'approche holistique a été employée dans plusieurs disciplines pour faire contrepoids au positivisme pur<sup>11</sup>. Ainsi, en physique, les particules que sont les atomes et électrons sont analysés en fonction de leur champ d'origine. En sociologie, l'individu est abordé en relation et en conjonction avec la société dans laquelle il évolue<sup>12</sup>. En biologie et en médecine, on étudie les organes humains non pas isolément, mais comme composantes d'un organisme<sup>13</sup>. Et au plan de la médecine familiale, cet organisme est lui-même replacé dans un contexte plus général : c'est une personne

---

<sup>10</sup> Harry SETTANNI, *A Holism : A Philosophy for Today. Anticipating the Twenty First Century*, New York, Peter Lang, 1990, p. 8.

<sup>11</sup> On peut définir sommairement le positivisme comme étant la pensée en vertu de laquelle chaque problématique est indépendante et doit être abordée isolément. Le positivisme définit les problèmes à étudier ou à solutionner de manière réductrice. Il se montre sceptique, voire hostile, à une définition englobante qui conduit, selon lui, à une connaissance trop approximative, voire métaphysique et à une intervention qui risque de balancer dans l'amateurisme, plutôt que de demeurer dans les limites du professionnalisme à base scientifique.

<sup>12</sup> Pour une approche holistique de la science économique, voir Robert ASHFORD, «Socio-Economics : What is its Place in Law Practice?», (1997) *Wisconsin Law Review* 611, 613.

<sup>13</sup> Harry SETTANNI, *A Holism : A Philosophy for Today. Anticipating the Twenty First Century*, New York, Peter Lang, 1990, p. 9. Sur le sujet, voir notamment Kristine BEYERMAN ALSTER, *The Holistic Health Movement*, London, University of Alabama Press, 1989 et Douglas STALKER et Clark GLYMOUR, *Examining Holistic Medicine*, Buffalo, Prometheus Books, 1985.

évoluant dans un environnement donné qu'on aborde et non un simple système biologique :

«The shift toward family practice [...] represents a positive step by the medical profession to respond directly to the changing needs of society. This shift can be viewed as one away from primary concern for diseases and organ systems, toward the whole patient as a person, his/her family, and the community.»<sup>14</sup>

Tout comme la physique, la sociologie, la biologie et la médecine, le droit suppose des problématiques dont l'étude et l'analyse méritent d'être envisagées dans une perspective globale et holistique. En fait, il devient de plus en plus difficile d'aborder et de solutionner une problématique juridique sans connaître l'environnement général qui la sous-tend et sans tenir compte des facteurs de changement susceptibles d'en influencer le dénouement.

Il en est ainsi du contrat destiné à encadrer la relation conjugale contemporaine. Celui-ci ne peut plus faire l'objet d'une analyse en vase clos. S'il veut comprendre les besoins de régulation des partenaires conjugaux et y répondre adéquatement, le notaire doit inévitablement s'intéresser à la relation des conjoints dans son

---

<sup>14</sup> John P. GEYMAN, *Family Practice : Foundation of Changing Health Care*, 2<sup>e</sup> éd., Norwalk (Conn.), Appleton-Century-Crofts, 1985, p. 6. D'ailleurs, le slogan de la pratique médicale holistique est : «We must care for the whole person». Sur ce slogan, une auteure écrit : «The term "whole person" is now supposed to denote every characteristic that could possibly be associated with people - not just their minds and bodies, but their roles, problems and places of work.» : Kristine BEYERMAN ALSTER, *The Holistic Health Movement*, London, University of Alabama Press, 1989, p. 166. Voir également les propos de l'auteure à la page 64.

ensemble.

Aussi, le contrat conjugal que nous nous sommes employés à décrire dans le chapitre précédent ne saurait s'accomoder de l'intervention professionnelle réductrice que révèle la pratique notariale du contrat de mariage classique. Alors que le contrat de mariage classique est élaboré en fonction de la seule norme légale, le contrat conjugal suppose une approche pluraliste du droit, sensible à l'ensemble du contexte normatif dans lequel évolue les conjoints (2.1). Alors que le contrat de mariage classique est le produit d'une intervention monodisciplinaire, le contrat conjugal exige une approche multidisciplinaire (2.2). Enfin, l'élaboration du contrat conjugal suppose la mise en place d'une pratique dite réflexive où le rôle du notaire et des conjoints divergent considérablement des schémas traditionnels (2.3).

## **§ 1 De l'approche legaliste à l'approche pluraliste**

Aux termes de la *Loi sur le notariat*<sup>15</sup>, le notaire est un praticien du droit et un officier public<sup>16</sup>. À ce titre, sa fonction est de «[...] rédiger et de recevoir les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité qui

---

<sup>15</sup> L.R.Q., c. N-2.

<sup>16</sup> *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, art. 2.

s'attache aux actes de l'autorité publique et en assurer la date»<sup>17</sup>. Par son statut d'officier public, le notaire est donc habilité à exercer des pouvoirs de nature étatique<sup>18</sup>.

Sans contredit, cette attribution ou délégation législative a fortement influencé la perception qu'ont les notaires de leur propre rôle et de leur intervention professionnelle. En réalité, le notariat contemporain révèle une pratique exclusivement axée sur le droit étatique.

Comme l'exprime le professeur Jean-Guy Belley, les notaires en sont venus à se concevoir comme des messagers de la loi ou des quasi-fonctionnaires publics<sup>19</sup>, chargés de veiller à ce que les volontés et

---

<sup>17</sup> *Loi sur le notariat*. L.R.Q., c. N-2, art. 2.

<sup>18</sup> L'officier public est celui qui exerce une partie des attributions du pouvoir souverain attachée à cette fonction : Joseph SIROIS, «Code du notariat annoté : Fonction des notaires - Le notaire est-il un fonctionnaire de l'ordre judiciaire?», (1923) 25 *R. du N.* 193, 198.

<sup>19</sup> D'ailleurs, plusieurs notaires désignent leur bureau sous le nom «d'étude légale». Il est intéressant de noter que la *Loi du notariat* de 1875 (39 Vict., c. 33, art. 4) définissait les notaires comme des «fonctionnaires publics». Ce n'est qu'en 1883 (46 Vict., c. 32, art. 2) que cette dénomination fut remplacée par «officiers publics». À cet effet, voir Anonyme, «Des fonctions des notaires», (1909) 12 *R. du N.* 33. Par la suite, dans une affaire relative à la prescription (*Chaput c. Crépeau*, [1917] 52 C.S. 443), la Cour supérieure a refusé de considérer les notaires comme des fonctionnaires publics. Commentant ce jugement, le notaire Sirois écrivait : «Bien que les notaires soient, dans notre province, comme en France, des "officiers publics" [...], ils ne peuvent être considérés ni comme fonctionnaires publics, ni d'aucune partie de l'administration publique ; leurs fonctions ne se rapportent qu'à des intérêts privés et non à l'État.» : Joseph SIROIS, «Code du notariat annoté : Fonction des notaires - Le notaire est-il un fonctionnaire de l'ordre judiciaire?», (1923) 25 *R. du N.* 193, 202. Au même effet, voir Louis BAUDOUIN, «Le notariat», (1964) 67 *R. du N.* 167, 178 et Bérangère GAUDET, «Le notaire et la juridiction volontaire», dans

les ententes des justiciables puissent entrer dans les catégories juridiques prévues par le législateur<sup>20</sup>. Les contrats et autres actes qu'ils instrumentent sont tellement conditionnés par les dispositions de la loi qu'on peut les considérer, à toutes fins utiles, comme le prolongement individuel d'une loi d'application générale<sup>21</sup>.

Ainsi, en matière matrimoniale, le rôle du notaire consiste-t-il, pour l'essentiel, à informer et conseiller les conjoints sur les implications légales résultant du mariage. Au plan contractuel, le notaire se considère habilité à vérifier le consentement des parties sur le choix d'un régime matrimonial préétabli dans le Code civil et sur l'établissement de stipulations accessoires également envisagées par le législateur<sup>22</sup>. En principe, le contrat de mariage se

---

*Mélanges offerts à Me Raymond Cossette*. Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 1968, p. 161, à la page 166.

<sup>20</sup> À propos de l'acte authentique, le professeur Belley écrit d'ailleurs : «[l']acte authentique est le produit d'une intervention professionnelle qui consiste à canaliser l'expression de la volonté des parties dans l'une ou l'autre des catégories d'actes juridiques reconnues par un système de droit.» : Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 110. On rejoint ici la fonction de canalisation («channelling function») qu'attribue Lon Fuller au formalisme contractuel : Lon L. FULLER, «Consideration and Form», (1941) 41 *Columbia Law Review* 799, 801 et suiv.

<sup>21</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 113 et 117. Du même auteur, voir également «La pratique professionnelle comme prudence politique», dans Claude NÉLISSE et Ricardo ZUNIGA (dir.), *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997, p. 45, à la page 48.

<sup>22</sup> Voir d'ailleurs le *Guide de pratique de la Chambre des Notaires*, en ce qui concerne précisément la réception d'un contrat de mariage, dans *Guide de pratique et Tarif indicatif*, «Famille» - Document 1 - Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 1995, p. 1, au



limite à ces seules considérations, ce qui permet d'expliquer une pratique fortement standardisée où la formule préimprimée fait généralement office de contrat<sup>23</sup>.

Un contrat de mariage construit en référence à la seule norme légale risque fort de négliger les aspirations particulières des conjoints<sup>24</sup>. En limitant son intérêt aux seuls faits nécessaires à l'établissement des clauses usuelles, le notaire peut difficilement déceler les autres besoins de régulation propres à chaque couple. Le professeur Belley écrit d'ailleurs:

«[...] la profession notariale ne se détache pas facilement de la propension à aborder le contrat dans la seule optique du système juridique plutôt que dans la perspective des acteurs sociaux cherchant un mode de régulation adapté à leurs transactions ou leurs

---

point 2.

<sup>23</sup> «Le domaine des conventions matrimoniales est l'un des secteurs de l'activité notariale le plus tributaire de la formule préimprimée.» : Jacques AUGER, «Une formule pas comme les autres», (1974) 76 *R. du N.* 406. Au même effet, voir Danielle BURMAN, «Rapports pécuniaires entre époux», (1988) 22 *R.J.T.* 149, 155 et Alain ROY, «Des contrats de mariage innovateurs», (1995) 98 *R. du N.* 64, 65-66. Réagissant à cette pratique, le professeur Macdonald écrit que la vie conjugale est trop variable et complexe pour être réduite à des formules figées : Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 37. Voir également les propos de l'auteur à la page 14 et suiv.

<sup>24</sup> Et ces aspirations particulières apparaissent plus significatives aujourd'hui qu'hier puisque les couples ne se réfèrent pratiquement plus à la morale religieuse, familiale ou communautaire pour orienter leur relation. *Supra* : §1, section 1, chapitre 2, partie 2.

relations.»<sup>25</sup>

À notre avis, seule une conception élargie de la fonction et de l'intervention notariales pourrait permettre au notaire de bien répondre à l'ensemble des besoins normatifs des conjoints. Le notaire se doit d'aller au-delà de la loi. Comme nous l'avons démontré dans la deuxième partie, le couple est un champ social semi-autonome, en ce qu'il génère sa propre normativité, tout en étant affecté et influencé par certaines normes émanant de l'extérieur. En restreignant son intervention professionnelle au registre légal, le notaire nie d'une certaine façon la dynamique d'internormativité qui caractérise toute cellule conjugale<sup>26</sup>.

Aussi, plutôt que de se concevoir comme un spécialiste du seul droit étatique, le notaire devrait-il se poser «en spécialiste de l'interface des ordres normatifs ou en courtier du pluralisme juridique»<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 108. Le professeur Belley considère d'ailleurs que le paradigme du positivisme juridique représente un frein à la capacité des juristes d'innover : Jean-Guy BELLEY, «Paradigmes et innovation : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques», (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 163.

<sup>26</sup> À propos des phénomènes d'internormativité, voir Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble: Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1995 et Jean CARBONNIER, «Les phénomènes d'internormativité», dans *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Répertoire du notariat Defrenois, 1995, pp. 287-306. Voir également Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 117.

<sup>27</sup> Jean-Guy BELLEY, «La pratique professionnelle comme prudence politique», dans Claude NÉLISSE et Ricardo ZUNIGA (dir.), *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997, p. 45, à la page 58. Voir également Claude NÉLISSE,

Certes, le notaire demeurera l'expert en loi que l'on connaît actuellement, capable de fournir aux conjoints toute l'information juridique pertinente et de satisfaire à leurs besoins de régulation légaux. Il ne s'agit aucunement de nier cette compétence ou de l'amoindrir, mais simplement de l'élargir en amenant le notaire à s'ouvrir aux autres ordres normatifs et en bout de ligne, à en favoriser la conciliation et l'interface.

Pour ce faire, le notaire devra d'abord reconnaître la situation qui lui est soumise, et incidemment les conjoints eux-mêmes, comme une véritable source de recherches et de solutions<sup>28</sup>. Le notaire ne trouvera plus exclusivement les réponses aux problèmes qui lui sont soumis dans la loi et la doctrine officielle ; il les repérera également à travers la situation particulière des partenaires, leur vécu, leurs coutumes, leurs valeurs et leur environnement<sup>29</sup>.

---

«Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique» (1992) 23 *R.D.U.S.* 270. Pour une brève illustration d'une pratique du droit intégrant une vision pluraliste, voir André-Jean ARNAUD, «Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun», (1992) 20-21 *Droit et Société* 17, 29.

<sup>28</sup> Jean-Guy BELLEY, «La pratique professionnelle comme prudence politique», dans Claude NÉLISSE et Ricardo ZUNIGA (dir.), *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997, p. 45, à la page 59.

<sup>29</sup> Dans un texte comparant la méthodologie socio-économique à la pratique du droit, le professeur de droit Robert Ashford écrit : «[g]ood lawyers are sensitive to the effect of values, morality, emotions, beliefs, expectations and irrationality on the economic behavior of clients, adversaries, third parties, lawyers and judges. »: Robert ASHFORD, «Socio-Economics : What is its Place in Law Practice?», (1997) *Wisconsin Law Review* 611, 617 et 620.

Indéniablement, le praticien qui aura su adopter et intégrer une approche pluraliste contribuera à renouveler la conception de son rôle et de sa fonction dans le processus de production de la norme juridique. Plutôt que d'appliquer servilement la loi, le praticien deviendra à son tour créateur de droit. En ce sens, André-Jean Arnaud écrit :

«C'est au prix d'une lutte incessante que les professionnels du Droit [sic] cesseront d'être les esclaves de textes trop souvent absurdes et décalés par rapport à la réalité, pour redevenir ce qu'ils n'auraient jamais dû cesser d'être, des interprètes d'une justice jamais atteinte et toujours changeante en fonction de l'environnement, autrement dit des créateurs du Droit [sic].»<sup>30</sup>

Cette notion de créateur de droit se compare avantageusement à la fonction d'architecte de l'ordre social privé que le professeur Roderick A. Macdonald semble vouloir attribuer au notaire québécois. La vocation supérieure de la profession notariale, affirme ce dernier, découle des connaissances spécialisées du notaire dans la conception et dans la mise en oeuvre du processus d'ordre social<sup>31</sup> :

«Le fait de dire que le notaire en tant qu'architecte de l'ordre social privé, peut, en même temps, être la personne qui effectivement constitue les institutions et

---

<sup>30</sup> André-Jean ARNAUD, «Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun», (1992) 20-21 *Droit et Société* 17, 36.

<sup>31</sup> Roderick A MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 13 et 59 et suiv.

les processus de cet ordre social présuppose qu'il a une imagination bien au-delà de la simple faculté de localiser et de remplir un contrat en forme type. Cela signifie que le notaire est un expert dans la construction d'institutions, dans l'adaptation d'outils juridiques qui permettent aux citoyens de réaliser leurs buts.»<sup>32</sup>

C'est donc dans cette perspective globale que le modèle de contrat conjugal que nous nous sommes employés à justifier pourra se matérialiser. Plutôt que de servir exclusivement la puissance législative de l'État, le modèle proposé vise à intégrer et à concilier les différents besoins normatifs des conjoints, quelle qu'en soit la source ou l'origine.

Ainsi, faut-il le rappeler, plusieurs des clauses du contrat conjugal ne sont pas envisagées par le législateur et n'auront pas vocation à être sanctionnées par ses agents. Pensons simplement aux clauses traduisant en termes d'engagements réciproques les attentes mutuelles des conjoints relativement aux rôles conjugaux et aux enfants.

Certes, le «quasi fonctionnaire» qu'est devenu le notaire contemporain restera perplexe devant de telles clauses et en questionnera l'utilité. Son approche légaliste l'amènera à juger de la pertinence de chaque disposition en fonction de sa valeur légale et de son caractère sanctionnable. Si le contrat est l'accessoire de la

---

<sup>32</sup> Roderick A MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 61.

loi, prétendra-t-il, alors tout élément dont le législateur ignore la portée et les effets ne devrait pas y apparaître<sup>33</sup>.

Mais au-delà des réflexes et des schémas dominants, le contrat conjugal représente une voie privilégiée pour amener le notaire sur le terrain des partenaires conjugaux et incidemment, pour lui permettre d'élaborer des mécanismes de régulation spécialement adaptés à leurs besoins. En ce sens, le contrat conjugal suppose non seulement une conception pluraliste du droit, il participe de cette conception en devenant lui-même source de normativité non étatique. Une telle approche représente, aux yeux du professeur Macdonald, une nouvelle vocation pour les notaires :

«Le fait d'adopter l'approche juridique pluraliste pour la profession notariale a des conséquences multiples. Par exemple, comme les pluralistes considèrent les familles, les collectivités culturelles, les lieux de travail, les quartiers [...] comme des lieux importants de réglementation juridique qui sont en concurrence avec l'ordre juridique officiel du Code civil du Québec, il en ressort une nouvelle vocation importante pour les

---

<sup>33</sup> On peut toutefois noter une certaine ouverture face à l'idée d'introduire dans le contrat de mariage des clauses qui n'ont pas de portée légale. Ainsi, le *Répertoire de droit* de la Chambre des Notaires du Québec, qui s'adresse essentiellement aux praticiens, propose une clause aux termes de laquelle les conjoints s'engagent à soumettre à la médiation familiale les différends qui pourraient éventuellement les opposer, de même qu'un engagement des conjoints à consulter périodiquement un juriste, dans le cadre d'un processus de suivi préventif : Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit / Nouvelle série*, «Famille», Formulaire - Document 1.1, Montréal, 1996, pp. 3 et 4, clauses nos 7 et 8.

notaires.»<sup>34</sup>

En réalité, ce que le professeur Macdonald présente comme une nouvelle vocation pourrait bien n'être qu'un simple retour aux sources. En effet, le notaire d'autrefois exerçant en milieu rural préconisait une approche globale du droit et de la normativité lorsqu'il était appelé à conseiller les couples et les familles<sup>35</sup>. La solution qu'il proposait n'était pas toujours celle du législateur. Le notaire d'antan suggérait ce qui convenait le mieux dans les circonstances, compte tenu de la culture des gens, de leurs besoins, de leur milieu et de leur vécu<sup>36</sup>.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, le notaire d'aujourd'hui

---

<sup>34</sup> Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 48.

<sup>35</sup> «Entrons dans l'étude du notaire rural [...] il n'y a guère de problème d'ordre juridique, fiscal, économique ou social qui ne lui [le notaire] soit soumis : omnipraticien, il est, peut-on dire, consulté sur tout ; la confiance qu'il inspire et les liens qui ne manquent pas de se créer entre lui et sa clientèle en font un conseiller dont on ne se passe plus, fût-ce pour des questions d'ordre personnel ou familial [...] : vivant dans la même vie que les habitants de son village, gardien de ses secrets, il fait chaque jour, au sens le plus vrai, un long et consciencieux travail d'orientation de tout son entourage.» : Albert GOUJON, «Le notaire d'aujourd'hui», (1971) 74 *R. du N.* 220, 221. Voir également Louis BAUDOUIN, «Le notariat», (1964) 67 *R. du N.* 167, 183 et suiv. ; J.A. L'HEUREUX, «Quelques aspects du notariat», (1963) 65 *R. du N.* 546, 550 ; Charles-Édouard GAGNON, *Mémoires d'un notaire de campagne*, Sillery, Septentrion, 1990, p. 92 ; J.M. SAVIGNAC, «Considérations et réflexions sur le notariat», (1922) 24 *R. du N.* 361 ; L.S. BRUNELLE, «Le notaire de campagne», (1920) 22 *R. du N.* 284 et Elzébert POULIOT, «Le rôle du notaire dans la société civile», (1927) 29 *R. du N.* 295.

<sup>36</sup> Selon le professeur Macdonald, les notaires sont bien positionnés pour connaître et apprécier le droit «local», puisqu'en général, ils vivent et travaillent dans la même collectivité que leur clientèle : Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 49.

aurait peut-être intérêt à s'inspirer de ses prédécesseurs dans l'élaboration du contrat conjugal. En somme, l'approche pluraliste ne constituerait pas une nouveauté en soi, mais le fondement théorique d'une pratique ouverte et sensible à la diversité des profils sociaux<sup>37</sup>.

## **§ 2 De l'approche monodisciplinaire à l'approche multidisciplinaire**

Le notariat traditionnel illustre bien le paradigme de la monodisciplinarité professionnelle. Règle générale, les études notariales sont composées d'un ou plusieurs notaires dont l'intervention professionnelle est restreinte à l'intérieur d'un champ bien délimité. Plus spécifiquement, le notaire apporte une réponse juridique aux problèmes que lui soumettent ses clients. Sa principale tâche, faut-il le rappeler, est de rédiger des actes et des conventions susceptibles de leur procurer une protection juridique.

Pourtant, un problème est rarement unidimensionnel. Bien souvent, l'aspect juridique n'est qu'un aspect parmi d'autres. Ainsi, le décès d'une personne entraîne non seulement l'ouverture de sa succession, il représente pour ses proches le commencement d'une période de deuil. Dans le même sens, l'adoption d'un enfant n'est pas qu'une question juridique ; il s'agit également d'un des projets de vie les plus importants des personnes concernées.

---

<sup>37</sup> Roderick A. MACDONALD. «Images du notariat et imagination du notaire». (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 48.



Il est donc difficile d'isoler et d'analyser un problème à partir d'un seul registre professionnel. En ce sens, la monodisciplinarité et la spécialisation en résultant ne paraissent pas suffire à la compréhension et à la traduction des différents besoins des clients qui consultent un professionnel avec l'ensemble de leur personnalité et qui souhaitent en ressortir avec une solution aussi complète que possible<sup>38</sup>.

Bien sûr, le notaire consulté pourra toujours référer le client à d'autres professionnels, spécialisés dans d'autres secteurs d'activités, afin que les réponses complémentaires puissent lui être apportées<sup>39</sup>. Mais il y a tout de même une limite au nombre de professionnels que les individus peuvent utilement rencontrer pour trouver réponse à une seule et même problématique<sup>40</sup>.

Conscients des difficultés pratiques que présentent les références multiples, plusieurs juristes ont, au cours des dernières années,

---

<sup>38</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 111.

<sup>39</sup> D'ailleurs, selon l'article 3.01.06 de son Code de déontologie, le notaire a l'obligation de référer son client à d'autres professionnels si ses besoins le justifient : voir *Code de déontologie des notaires*, L.R.Q., c. N-2, r.3, art. 3.02.02.

<sup>40</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 111; Danielle BELLEMARE, *L'exercice des professions en multidisciplinarité au Québec: opportunité et recherche d'un modèle*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1984, p. 21.

privilegié la formation de cabinets multidisciplinaires<sup>41</sup>. Ainsi, le client est-il assuré de pouvoir consulter, au même endroit, tous les professionnels dont l'intervention pourrait s'avérer nécessaire. Pensons par exemple au juriste spécialisé en droit commercial ou en planification successorale qui exerce dans le même lieu physique qu'un comptable<sup>42</sup>.

Bien qu'il dénote une certaine conscientisation à l'égard du caractère multidimensionnel des problématiques soumises, ce modèle d'intervention ne change pas véritablement la nature des services offerts. Le principe directeur demeure la spécialisation et l'autonomie des professionnels les uns par rapport aux autres. Yvette Michaud et Néré St-Amand écrivent en ce sens :

«Les professionnels demeurent des agents de contrôle qu'ils exercent dans une dynamique de collaboration interprofessionnelle et non en fonction de critères relatifs à des besoins précis exprimés par la population. Les capacités professionnelles et le souci de préserver l'autonomie de chacun des groupes l'emportent sur tout

---

<sup>41</sup> Nous référons ici au regroupement de professionnels dans un même lieu physique, sans autre forme d'organisation juridique. D'ailleurs, à l'heure actuelle, le droit québécois n'autorise pas des professionnels de professions différentes à exercer en société en nom collectif ou sous le couvert d'une personne morale.

<sup>42</sup> Cette forme de multidisciplinarité correspond, selon la classification de Yvette Michaud et Néré St-Amand, au modèle de «parallélisme disciplinaire»: Yvette MICHAUD et Néré ST-AMAND, *Multidisciplinarité : nouvelle gestion du social?*, Moncton, Tribune Press Limited, 1985, p. 8.

autre critère.»<sup>43</sup>

D'autres ont poussé l'idée de la multidisciplinarité un cran plus loin en préconisant la consultation professionnelle en équipe. Plutôt que de transiter d'un bureau à l'autre et d'exposer son cas à autant de spécialistes autonomes, le client rencontre une équipe formée de professionnels appartenant à différentes disciplines. Les questions sont alors abordées et traitées globalement par les professionnels qui échangent les solutions en fonction de leurs spécialisations respectives<sup>44</sup>. Contrairement au modèle précédent, les différents

---

<sup>43</sup> Yvette MICHAUD et Néré ST-AMAND, *Multidisciplinarité : nouvelle gestion du social?*, Moncton, Tribune Press Limited, 1985, p. 10.

<sup>44</sup> C'est d'ailleurs à ce type d'intervention que certains restreignent la définition de «pratique professionnelle multidisciplinaire». En effet, Danielle Bellemare définit l'exercice professionnel en multidisciplinarité comme étant «[...] l'exercice en commun de leur profession respective par des professionnels de disciplines différentes permettant au groupe qu'ils forment d'offrir au public un service professionnel répondant à un besoin dont la satisfaction exige le concours de ces disciplines différentes». L'auteure ajoute ensuite les explications suivantes :

«Expliquons brièvement chacune des composantes de cette définition :

- L'exercice en commun : l'exercice en multidisciplinarité implique le regroupement du capital cognitif, des habiletés professionnelles des professionnels, en plus des autres ressources physiques courantes. Il exige le développement d'une mentalité de collaboration à un résultat commun.

- de leur profession respective par des professionnels de disciplines différentes : l'exercice multidisciplinaire est d'abord l'exercice par le professionnel de sa propre profession mais dans une collaboration avec d'autres. La spécificité des professions est essentielle et recherchée.

- de problèmes dont la solution exige le concours de ces différentes disciplines : c'est là que se situent l'innovation et l'utilité de la multidisciplinarité. Celle-ci permet l'apport des connaissances partielles en vue de résoudre des problèmes ressortissant à plusieurs disciplines.

spécialistes interviennent ici en collégialité et dans un esprit de collaboration. Dans son mémoire de maîtrise portant sur l'exercice des professions en multidisciplinarité, Danielle Bellemare voit un avantage évident dans cette forme d'intervention :

«La firme multidisciplinaire ayant évalué, moyennant le concours de ses divers professionnels, les différentes facettes du problème pourra mieux, à partir de cette vision globale, offrir une réponse intégrée. En effet, la firme multidisciplinaire, traitant le problème du client sous toutes ses facettes, est plus en mesure de coordonner les solutions apportées par les divers professionnels.»<sup>45</sup>

La pratique de la médiation familiale illustre bien la consultation en équipe multidisciplinaire. En effet, les séances de médiation familiale sont parfois menées conjointement par un juriste, notaire ou avocat, et un professionnel des sciences humaines, psychologue ou travailleur social<sup>46</sup>. Puisqu'un divorce implique des conséquences non seulement juridiques, mais également psycho-sociales, certains jugent légitime de confier la résolution des différends qui en

---

Danielle BELLEMARE. *L'exercice des professions en multidisciplinarité au Québec : opportunité et recherche d'un modèle*, mémoire de maîtrise, Montréal. Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1984, p. 8.

<sup>45</sup> Danielle BELLEMARE. *L'exercice des professions en multidisciplinarité au Québec : opportunité et recherche d'un modèle*, mémoire de maîtrise, Montréal. Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1984, p. 20.

<sup>46</sup> Voir généralement Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, Édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

résultent à un spécialiste du droit et un expert en intervention psycho-sociale.

Mais au-delà de la juxtaposition de professions dans un même bureau, de la consultation en équipe multidisciplinaire ou de toute autre forme ou modèle d'intervention intermédiaire, il y a lieu, à notre avis, de franchir un pas de plus et de préconiser chez chaque professionnel le développement d'une certaine culture et pratique de la multidisciplinarité.

À notre avis, le lien de confiance qui doit exister entre un professionnel et son client ne peut s'accomoder ni d'un décloisonnement systématique du service, ni d'une structure dépersonnalisée. Ainsi, chaque professionnel devrait-il s'ouvrir aux autres disciplines afin de pouvoir apporter une réponse aussi complète que possible aux besoins du client, tout en maintenant intacte la relation de confiance et le rapport personnalisé<sup>47</sup>.

Certes, il est utopique de croire que chaque professionnel maîtrisera le savoir universel. À l'instar du professeur Belley, nous croyons toutefois au développement d'une expertise professionnelle construite sur la base de l'affinité élective qui peut s'établir entre

---

<sup>47</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 111. Voir les observations que soumet Danielle Bellemare pour réfuter cet argument : Danielle BELLEMARE, *L'exercice des professions en multidisciplinarité au Québec : opportunité et recherche d'un modèle*, mémoire de maîtrise, Montréal. Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1984, pp. 36-38 et pp. 73-74.

certaines disciplines<sup>48</sup>. On ne peut légitimement s'attendre à ce qu'un médecin de famille s'intéresse à l'ingénierie ou à la comptabilité, mais on considérera avantageux qu'il soit à l'écoute de ses patients et qu'il soit sensible à leur environnement immédiat. Plutôt que de se concevoir comme un mécanicien du corps humain, le médecin de famille peut avantageusement conjuguer à son expertise scientifique des habiletés minimales en psychologie et en travail social.

Dans le même sens, on peut considérer qu'un notaire aurait avantage à développer certaines aptitudes complémentaires s'il souhaite comprendre et traduire adéquatement les besoins de régulation de ses clients. La comptabilité, la fiscalité, l'économie, l'administration, la psychologie sont autant de champs qui peuvent se combiner à son expertise juridique<sup>49</sup>.

Certains juristes commencent d'ailleurs à véhiculer une telle culture de la multidisciplinarité à travers la pratique de la médiation familiale à l'occasion du divorce ou de la séparation. En effet, de plus en plus de notaires et d'avocats pratiquent la médiation familiale en solo, sans faire systématiquement appel à l'expertise complémentaire d'un psychologue ou d'un travailleur

---

<sup>48</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 111.

<sup>49</sup> Jean-Guy BELLEY, «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105, 111.

social. Or, la médiation familiale n'est pas une pratique exclusivement juridique. Il s'agit d'un processus qui vise à recréer les conditions propices à la communication et à la négociation entre des conjoints qui souhaitent mettre un terme à leur relation et convenir d'ententes sur les conséquences de leur rupture<sup>50</sup>.

Lorsqu'ils agissent à titre de médiateurs familiaux, les notaires et les avocats doivent déployer certaines habiletés qu'on rattacherait davantage au domaine de la psychologie et de la thérapie conjugale qu'à la pratique du droit<sup>51</sup>. Ils doivent favoriser les échanges dans un contexte hautement émotif, démontrer une capacité d'écoute active et faire preuve d'une grande perspicacité face aux attitudes exprimées<sup>52</sup>. En somme, la médiation familiale exige d'eux une intervention professionnelle qui va bien au-delà du cadre dans lequel s'enferme généralement leur pratique traditionnelle. Ainsi, Linda Bérubé écrit :

---

<sup>50</sup> Pour une définition plus formelle, voir notamment André MURRAY, «La médiation familiale : une progression rapide», (1986) *Recueil de droit de la famille* 319.

<sup>51</sup> Suzanne CLAIRMONT, «L'avocat et la médiation», dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 129, à la page 135 et François CRÊTE, «Le notaire et la médiation familiale», dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 145, à la page 146.

<sup>52</sup> Linda BÉRUBÉ, «La médiation familiale en matière de séparation et de divorce : une nouvelle pratique à l'intersection de la relation d'aide et du droit», dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 113, à la page 121 et François CRÊTE, «Le notaire et la médiation familiale», dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 145, à la page 146.

«Sans être une profession, la médiation n'est pas une nouvelle façon de faire de la thérapie ou du droit, mais bien une nouvelle pratique qui répond à des règles précises et qui, bien que faisant appel aux connaissances et expériences des professionnels qui l'exercent, modifie de façon substantielle la manière de mettre à profit ces compétences et exige le développement de compétences complémentaires à la pratique habituelle des professionnels.»<sup>53</sup>

En outre, la loi 443<sup>54</sup> a récemment attribué aux notaires la charge de procéder à l'interrogatoire du majeur inapte en vue de l'ouverture d'un régime de protection à son endroit ou de l'homologation du mandat donné en prévision de son inaptitude<sup>55</sup>. Or, l'interrogatoire d'une personne inapte n'est pas un exercice purement juridique ; il s'agit d'une opération qui nécessite une approche particulière et qui suppose certaines habilités d'ordre psycho-social. Pourtant, c'est au notaire et non à un psychologue ou un travailleur social que le législateur a confié cette charge. Une telle attribution supporte

---

<sup>53</sup> Linda BÉRUBÉ, «La médiation familiale en matière de séparation et de divorce: une nouvelle pratique à l'intersection de la relation d'aide et du droit», dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, p. 105, à la page 113. Dans le même sens, J. Steingberg observe : «[t]he best mediator, of course, is neither lawyer nor therapist, but a blending of both. The most potent practitioners present a happy mixture of the best of each of the great professions.» : J. STEINGBERG, «Through an Interdisciplinarity Mirror : Attorney-Therapist Similarities», (1985) 8 *Journal of Divorce* 1, 13.

<sup>54</sup> *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*, 1998, c. 51, a. 28.

<sup>55</sup> Un processus d'accréditation, assorti d'une formation obligatoire, est prévu à cet effet au règlement d'application de la loi. Voir *Règlement sur les conditions de l'accréditation des notaires en matière d'ouverture ou de révision d'un régime de protection et de mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude*, (1999) 131 G.O. II, 143.



certainement le développement d'une culture de la multidisciplinarité chez le notaire.

Qu'en est-il du contrat conjugal? Pourrait-il réellement se satisfaire de l'approche monodisciplinaire que révèle le notariat traditionnel? Sans aucun doute non.

Par le contrat conjugal, on vise essentiellement à doter les conjoints d'un cadre normatif explicite destiné à couvrir l'ensemble de leurs besoins de régulation. C'est là la principale tâche du notaire et c'est d'ailleurs ce qui justifie qu'on fasse appel à ses services et qu'on lui reconnaisse la qualité de maître d'oeuvre du contrat conjugal.

Mais au-delà de l'instrumentation à proprement parler, le notaire devra aider les conjoints à identifier les attentes mutuelles qu'ils entretiennent l'un par rapport à l'autre, de manière à pouvoir ensuite les traduire sous forme d'engagements réciproques. En d'autres termes, il devra les soutenir dans la négociation et l'explicitation de leur plan de vie commune. À cet égard, il lui reviendra de favoriser la communication entre eux afin qu'ils puissent exprimer des perceptions et des attentes qui seraient autrement demeurées dans le domaine de l'implicite. Sans exiger une véritable expertise de psychologue, un tel exercice suppose pour le notaire l'acquisition de certaines habiletés de base en matière psycho-sociale.

Certains considéreront qu'un tel support n'a rien de nouveau. Dans tout contrat qu'il reçoit, le notaire amène généralement les parties à exprimer ou préciser leurs attentes, de manière à mieux cibler et traduire l'objectif poursuivi. Le contrat conjugal se classe toutefois dans une catégorie à part. D'abord, la relation conjugale présente des caractéristiques uniques. Elle se déroule dans un contexte émotif, ce qui rend l'approche professionnelle totalement différente. Au surplus, ce contexte émotif se trouve exacerbé par l'objet même du contrat conjugal. Contrairement au contrat de mariage classique, ce ne sont pas que les questions purement légales qui sont envisagées, mais l'ensemble des aspects normatifs de la relation. Or, on ne peut guère comparer le contexte qui sous-tend l'établissement d'un régime matrimonial à celui que suppose l'élaboration d'une véritable charte de vie commune.

Ce n'est pas dire que l'intervention d'un professionnel des sciences humaines ne sera jamais requise. Dans l'hypothèse où les conjoints présenteraient des difficultés particulières au plan relationnel, émotionnel ou communicationnel, le notaire aura sans doute intérêt à proposer l'assistance ou l'intervention d'un psychologue ou d'un thérapeute. Toutefois, il s'agira là, à notre avis, de cas exceptionnels.

Ici encore, on peut faire un parallèle avec la pratique de la médiation familiale. En principe, le notaire médiateur a la capacité de mener à bien les séances de médiation, sans requérir l'intervention d'un

professionnel des sciences humaines. Bien qu'il n'ait pas d'expertise particulière en psychologie, en travail social ou en thérapie conjugale, il est généralement en mesure de composer avec les aspects psycho-sociaux du dossier. Toutefois, si les conjoints présentent un profil hors du commun et nécessitent un support particulier au plan psycho-social, le notaire médiateur devra reconnaître ses limites et proposer l'intervention d'un spécialiste ou à défaut, lui référer directement le dossier<sup>56</sup>.

Dans le même sens, le notaire rédacteur de contrat conjugal pourra piloter seul l'opération s'il a su s'ouvrir aux aspects psychologiques et affectifs de la relation conjugale, sauf si les circonstances exigent l'intervention d'une ressource plus spécialisée.

### **§ 3 Vers une pratique dite réflexive**

Selon le modèle de la science appliquée, il est primordial de séparer la recherche de la pratique professionnelle. C'est aux chercheurs qu'incombent la responsabilité de développer la théorie, sur la base d'expérimentations contrôlées, alors qu'il revient aux praticiens d'assurer l'application de ces théories avec les outils de pratique mis à leur disposition.

Or, selon certains, ce modèle ne rend pas compte de toute la richesse inhérente à la pratique professionnelle. L'auteur américain Donald A.

---

<sup>56</sup> Voir Barton E. BERNSTEIN, «Lawyer and Counselor as an Interdisciplinarity Team : Pre-marital Counseling», (1977) 26 *The Family Coordinator* 415.

Schön a proposé, au début des années 1980, une nouvelle façon de concevoir l'agir professionnel. À son avis, les praticiens ne font pas qu'appliquer servilement la théorie des sciences appliquées. Leur propre pratique révèle un savoir singulier et une certaine forme d'expérimentation. Elle n'est pas qu'expertise technique ; elle est, selon l'expression employée par Schön, «réflexive». Il nous semble intéressant d'exposer brièvement les principaux éléments de la pensée de Schön, pour pouvoir ensuite nous interroger sur son applicabilité ou sa pertinence en matière de contrat conjugal.

Le praticien dit réflexif aborde les situations qui lui sont soumises comme si chacune était unique en son genre, s'efforçant d'en déceler toutes les particularités. Dans l'élaboration d'une solution, il ne se limite pas aux modèles et aux schémas dominants de sa discipline. Il s'efforce d'imaginer des solutions sur mesure, en adoptant une conception professionnelle élargie. À cette fin, il réoriente ou restructure le problème au fur et à mesure qu'il s'approprie la situation. Constamment, il confronte les solutions envisagées et s'interroge sur la pertinence de son action. En somme, selon l'expression employée par Schön, le praticien réflexif «converse» avec la situation ; il réfléchit en cours d'action et sur l'action<sup>57</sup>.

De toute évidence, lorsqu'il aborde un nouveau cas, le praticien

---

<sup>57</sup> Donald A. SCHÖN. *Le praticien réflexif : à la recherche du savoir caché dans l'agir professionnel*, traduit par Jacques Heynemand et Dolorès Gagnon. Montréal, Éditions Logiques. 1994, p. 319. Pour une discussion critique de l'argument selon lequel la réflexion ou la pensée freine ou paralyse l'action, voir à la page 328 et suiv.

réflexif réfère, plus ou moins consciemment, à son expérience passée. Au cours de sa carrière, il se sera constitué un répertoire de cas dans lequel il puisera des exemples-types ou, selon l'expression de Schön, des «métaphores génératrices», pour aborder, analyser, comprendre et restructurer les problèmes qui lui sont soumis<sup>58</sup>.

Selon Schön, en abordant et en restructurant le problème, en analysant virtuellement les conséquences des solutions envisagées, en référant notamment à des cas antérieurs, le praticien fait ni plus ni moins que de l'expérimentation. En fait, il agit dans le but de voir où conduit l'action. Certes, il ne s'agit pas d'expérimentation dans un contexte de recherche fondamentale, mais plutôt, comme l'explique Schön, d'expérimentation exploratoire. Une expérimentation qui consiste essentiellement à explorer dans le but d'acquérir une certaine connaissance des choses et de trouver une solution adéquate<sup>59</sup> :

«Lorsqu'un praticien réfléchit en cours d'action sur un cas particulier, il met au jour la compréhension intuitive qu'il a des phénomènes auxquels il a été

---

<sup>58</sup> Donald A. SCHÖN, *Le praticien réflexif : à la recherche du savoir caché dans l'agir professionnel*, traduit par Jacques Heynemand et Dolorès Gagnon, Montréal, Éditions Logiques, 1994, p. 321 et p. 371 et suiv. Ce n'est pas dire que le praticien appliquera au nouveau cas des principes-cadres développés à partir d'une étude analytique et scientifique de cas antérieurs. Comme l'explique Schön, comparer un cas à d'autres ne veut pas dire l'assimiler à une catégorie ou une théorie connue : voir particulièrement à la page 176.

<sup>59</sup> Donald A. SCHÖN, *Le praticien réflexif : à la recherche du savoir caché dans l'agir professionnel*, traduit par Jacques Heynemand et Dolorès Gagnon, Montréal, Éditions Logiques, 1994, p. 184.

attentif. Son expérimentation est faite d'exploration, de vérification du geste posé et de vérification d'hypothèses. Les trois fonctions s'accomplissent dans les mêmes gestes. C'est là le caractère distinctif de l'expérimentation en milieu de pratique.»<sup>60</sup>

Par ailleurs, le praticien réflexif développera, avec son client, une approche qui se distingue considérablement de la relation traditionnelle professionnel-client. Dans la relation traditionnelle, le professionnel fait office de pourvoyeur de services. Il fournit le service d'expertise demandé et le client le reçoit, sans plus. Dans une telle perspective, le professionnel est perçu comme une autorité et bénéficie d'une grande autonomie, alors que le client demeure en situation de dépendance.

Au contraire, la relation du praticien réflexif avec son client se présente sous la forme d'une interaction partagée. Le client n'est plus un sujet passif. Il se joint au professionnel pour analyser avec lui une situation qu'il ne peut résoudre seul. Il tentera de lui expliquer ce qu'il comprend et de cibler les conséquences des solutions envisagées. En somme, le professionnel entreprendra une véritable conversation réflexive avec son client<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Donald A. SCHÖN, *Le praticien réflexif : à la recherche du savoir caché dans l'agir professionnel*, traduit par Jacques Heynemand et Dolorès Gagnon, Montréal, Éditions Logiques, 1994, p. 186.

<sup>61</sup> Donald A. SCHÖN, *Le praticien réflexif : à la recherche du savoir caché dans l'agir professionnel*, traduit par Jacques Heynemand et Dolorès Gagnon, Montréal, Éditions Logiques, 1994, p. 344 et suiv.

La pratique du contrat de mariage classique peut difficilement se classer au rang des pratiques dites réflexives. La préparation et la rédaction du contrat ne peuvent vraisemblablement être assimilées à une expérimentation exploratoire. Règle générale, le notaire offre un produit relativement standard, sans vraiment s'attarder aux besoins spécifiques des conjoints et sans s'intéresser à l'ensemble de leur relation. Dans un tel contexte, la réflexion en cours d'action et sur l'action ne peut être que minimale. En outre, la division des rôles respecte le modèle classique : le notaire, détenteur du savoir, professe, tandis que les conjoints s'approprient le résultat de son travail, sans y avoir contribué de façon significative.

À l'inverse, le contrat conjugal ne peut être l'oeuvre que d'un praticien réflexif. Déjà, les développements présentés dans les sections précédentes laissent clairement entrevoir la nécessité d'une telle approche. Adopter une conception pluraliste de la normativité et adhérer à une pratique multidisciplinaire sont autant d'illustrations d'une pratique réflexive, dont l'espace dépasse largement les limites fixées par les paradigmes dominants<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Dans une analyse fort intéressante portant sur l'intervention professionnelle des notaires et des avocats, le professeur Belley s'est d'ailleurs employé à décrire les ajustements que nécessiterait une pratique «réflexive» du droit, selon l'expression de Schön. À ses dires, une telle approche passe d'abord par un affranchissement à l'égard du positivisme juridique moderne. Les juristes devraient cesser de se concevoir comme des agents du seul ordre juridique étatique et s'ouvrir aux autres ordres normatifs qui interfèrent autour d'eux : Jean-Guy BELLEY, «La pratique professionnelle comme prudence politique», dans Claude NÉLISSE et Ricardo ZUNIGA (dir.), *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997, p. 45, à la page 58.

Au-delà de ces considérations, l'élaboration du contrat conjugal suppose la mise en place d'une véritable «conversation réflexive» avec la situation et les conjoints. À toutes les étapes du processus, que ce soit lors de la rédaction du contrat initial ou de son suivi, le notaire se devra d'expérimenter par l'action. Il aura le devoir de suggérer des modèles et des clauses et d'analyser la réponse et la réaction des conjoints. C'est à cette condition qu'il pourra comprendre la situation et restructurer son intervention en fonction de leurs besoins normatifs.

Qu'est-ce qui convient aux conjoints? Une charte générale, comportant des principes-cadres, ou un contrat détaillé, organisant la relation conjugale de manière plus précise? Chaque couple n'aura pas les mêmes attentes et réagira différemment devant les propositions avancées. Chaque conjoint possède un seuil critique d'explicitation contractuelle. Pousser l'explicitation au-delà d'un certain degré comporte le risque de miner la confiance conjugale et de créer un climat de suspicion<sup>63</sup>. C'est au notaire, par son expérimentation exploratoire, que reviendra la tâche de reconnaître ce seuil critique et de restructurer son intervention en conséquence.

Sans doute, une relation aussi émotive que la relation conjugale devrait laisser transparaître certains signaux évidents, constituant autant de guides pour le notaire. Des signaux que le notaire apprendra à reconnaître au fil de sa pratique et qui constitueront

---

<sup>63</sup> *Supra*, §2, section 2, chapitre 1, partie 2.



autant de «métaphores génératrices». Sa perspicacité et son expérience l'amèneront graduellement à catégoriser les couples et à les aborder avec des perspectives fort différentes.

Évidemment, les conjoints eux-mêmes ne devront pas demeurer passifs dans la démarche. Il leur reviendra d'éclairer le notaire de leurs besoins, attentes, impressions et perceptions. Le notaire et les conjoints se partageront l'interaction et vérifieront leur compréhension mutuelle des faits et des perceptions. Ainsi, à l'inverse du contrat de mariage qui est le fruit d'un processus dirigé et contrôlé par le notaire, le contrat conjugal sera l'oeuvre conjointe du couple et du notaire.

### SECTION 3 : LA PLANIFICATION DE LA RELATION CONJUGALE À TRAVERS LE CONTRAT

Au-delà des considérations relatives à l'approche théorique ou conceptuelle que doit adopter le notaire aux fins d'élaborer le contrat conjugal, il nous faut maintenant aborder la question de la planification contractuelle à proprement parler. Quels sont précisément les aspects du mariage qui peuvent être planifiés ou organisés à travers le contrat conjugal? En d'autres termes, quels sont les différents volets de la relation conjugale susceptibles d'être traduits en termes contractuels par le notaire?

Avant de répondre à cette question, il nous apparaît nécessaire d'exposer brièvement les observations théoriques du professeur Ian

R. Macneil sur la planification contractuelle et sur le rôle que doit tenir le juriste mandaté par les parties contractantes pour y procéder<sup>64</sup>. L'importance pratique de la planification justifie sans aucun doute que l'on décrive sommairement le cadre théorique à l'intérieur duquel l'exercice devrait idéalement se réaliser<sup>65</sup>.

### **§ 1 Le cadre théorique de la planification contractuelle**

Selon le professeur Macneil, la planification contractuelle s'articule autour de deux éléments essentiels : l'identification des objectifs poursuivis par les parties contractantes et l'efficience de leur communication. En somme, Macneil considère à juste titre qu'on ne pourrait valablement planifier une relation contractuelle alors que les objectifs respectifs des parties n'ont pas été clairement déterminés et que toutes les informations susceptibles de les intéresser n'ont pas été mutuellement communiquées et assimilées : «[t]wo processes are essential to contract planning : determining goals (together with costs of their attainment) and

---

<sup>64</sup> Ian R. MACNEIL, *Contracts, Exchange, Transactions and Relations*, 2<sup>e</sup> éd., Mineola, Foundation Press, 1978. Pour les références subséquentes à cet ouvrage, la mention *id.* sera utilisée afin d'alléger la lecture des notes infrapaginales.

<sup>65</sup> Le professeur Macneil qualifie le planning contractuel de «coordination horizontale», par opposition à la «coordination verticale» qui suppose l'imposition d'objectifs : «Horizontal coordination is exchange-motivated coordination : relative equals make arrangements to coordinate their activities in order to achieve mutually acceptable goals through exchange of effort or property. Contractual transactions and relations are the techniques whereby horizontal coordination is accomplished.» : *id.*, p. 17.

communication.»<sup>66</sup>

Macneil identifie ensuite les deux objets sur lesquels la planification contractuelle peut porter. D'abord, les parties peuvent planifier l'exécution du contrat à proprement parler («performance planning»). Il s'agira alors de déterminer les actes ou prestations qui devront être posés de part et d'autre pour assurer l'atteinte des objectifs établis<sup>67</sup>.

La planification peut également porter sur les risques de perte engendrés par la relation contractuelle. Les partenaires se prémuniront alors contre leurs manquements respectifs en établissant des modes d'indemnisation leur permettant d'être assurés qu'ils recevront, en toute hypothèse, une compensation adéquate. Pensons, par exemple, aux clauses de dommages-intérêts liquidés d'avance. L'auteur résume la question du planning des risques de la façon suivante :

«A shorthand way of identifying risk planning and is to ask : Is this contract likely to go through to be a successful conclusion without what is being planned having to be carried out? An affirmative answer identifies risk planning as that term is used here?.»<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> *Id.*, p. 20. Voir également aux pages 21 et 22.

<sup>67</sup> *Id.*, p. 24.

<sup>68</sup> *Id.*, p. 26.

Macneil reconnaît les limites inhérentes à tout exercice de planification contractuelle. Jamais ne pourra-t-on tout prévoir dans un contrat. Le futur est, par nature, incertain. Une relation contractuelle comportera donc toujours une part planifiée («planned») et une autre non planifiée («unplanned») : «[e]very contract is necessarily partially unplanned»<sup>69</sup>. Qui plus est, toute planification demeure sujette à interprétation. Aussi, une partie pourrait comprendre la planification différemment de l'autre, ce qui risque d'en compromettre éventuellement la réalisation. Comme l'écrit Macneil :

«Who has not experienced situations where one party plans a transaction or relation differently from the other, each party thinking erroneously that the other understands "the plan"? Likewise, one party may plan a portion of a relation in a manner that will be unsatisfactory to the other, while the other gives no thought to the matter. The sources of such difficulties are manifold in every contractual relation. One source : communication expressed is not communication received.»<sup>70</sup>

En outre, la planification ne sera jamais que le fruit d'une réflexion humaine et d'une transposition écrite indubitablement sélectives. L'esprit humain ne peut vraisemblablement envisager tous les aspects d'une situation, quelle qu'elle soit («selection during thinking»), tandis que l'écrit constitue en soi une forme d'expression

---

<sup>69</sup> *Id.*, p. 21.

<sup>70</sup> *Id.*, p. 22.

partielle ou diluée («selection in reducing promises to contract language»)<sup>71</sup>.

Macneil s'emploie ensuite à décrire les fonctions que doit remplir le juriste dans le cadre de la planification contractuelle, qu'il s'agisse de planification relative à l'exécution du contrat ou aux risques. Trois opérations interreliées lui sont assignées. La cueillette des éléments factuels, la rédaction du projet de contrat et l'expertise légale.

Les éléments factuels auxquels le juriste doit s'intéresser sont classés en deux catégories distinctes : premièrement, les objectifs de la relation contractuelle («goal facts») et deuxièmement, les prestations envisagées pour y donner suite («means facts») :

«One type encompasses the planning goals of the parties: what is it they seek? The other encompasses the factual matrix in which the parties' planning goals occur : how will the parties achieve what they seek? Simplistic, but useful, labels for these are, "goal facts" and "means facts".»<sup>72</sup>

Dans le cadre de la cueillette des éléments factuels, évoque Macneil, le juriste se doit d'être pro-actif. Il ne doit pas se limiter aux seuls éléments portés à sa connaissance. Il lui incombe de recueillir

---

<sup>71</sup> *Id.*, p. 23.

<sup>72</sup> *Id.*, p. 32.

auprès des parties contractantes toutes les informations susceptibles de compléter sa compréhension des faits.

Une fois établi le portrait des objectifs et des prestations, il reviendra aux parties de négocier effectivement les termes de la planification et d'en donner acte au juriste<sup>73</sup>. Celui-ci passera alors à la deuxième opération et procédera à la rédaction proprement dite d'un projet de contrat («drafting»).

À cet égard, le juriste devrait apporter une attention toute particulière aux termes employés. Il devrait toujours rédiger le contrat en fonction du profil de ses lecteurs éventuels («audience»)<sup>74</sup>. Le langage technique compris par les seuls initiés n'est donc pas approprié dans tous les cas. Si le contrat doit servir d'instrument de référence pour les partenaires eux-mêmes, il serait évidemment impérieux d'employer des termes qui leur sont accessibles.

Le juriste devrait également tenir compte de l'environnement dans lequel la relation contractuelle est appelée à se dérouler

---

<sup>73</sup> À moins qu'une partie ne soit représentée par un juriste aux fins de mener les négociations en son nom, il semble bien que la négociation constitue une opération qui concerne davantage les parties que le juriste. Tout au plus, le juriste pourra-t-il fournir une assistance aux deux parties de manière à organiser ou structurer les négociations. Sur la négociation, voir spécifiquement les pages 1107 à 1110 de l'ouvrage de Macneil.

<sup>74</sup> «All to many contracts are drafted with complete disregard of the audience likely the read them.» : *id.* p. 40 ; voir également à la page 42.

(«environment»). Il ne suffit donc pas d'élaborer un contrat dans l'abstrait. Il lui faut plutôt l'envisager en fonction des règles tacites, des coutumes et des autres caractéristiques susceptibles de bien traduire le contexte général de la relation<sup>75</sup>. Par ailleurs, Macneil suggère qu'une contre-vérification du projet de contrat soit réalisée par un tiers objectif et qualifié :

«The next stage of composition is also one many lawyers neglect : having the work reviewed by others. [...] The best drafted contracts are those reviewed by others. Reviewers are, after all, a trial-run audience.»<sup>76</sup>

Enfin, et c'est là la dernière fonction qu'attribue Macneil au juriste dans le cadre de la planification contractuelle, il sera nécessaire d'évaluer les effets et les conséquences du contrat au plan légal. Une fine connaissance de la loi applicable au domaine de la relation contractuelle concernée s'avère donc fondamentale.

L'auteur traite ensuite de la conclusion du contrat. Cette autre opération, qu'il nomme «administering the final agreement process» comporte deux volets complémentaires. *Primo*, la révision finale de la planification effectuée («final review of all prior planning»). À cet égard, le juriste devra simplement s'assurer, avec tout le recul nécessaire, que l'exercice a été fait correctement et qu'il répond aux attentes et aux préoccupations des parties

---

<sup>75</sup> *Id.*, p. 41.

<sup>76</sup> *Id.*, p. 43.

contractantes :

«This should be clear from the early planning processes, but a late focus on this key question may reveal weaknesses and avoid later embarrassment, or worse, real trouble.»<sup>77</sup>

*Secondo*, l'accomplissement des formalités nécessaires à l'efficacité ou à la validité légale du contrat («effectuation of the processes of agreement itself»). Pensons simplement aux exigences de forme et aux procédures d'inscription que pourrait devoir accomplir le juriste suite à la signature du contrat.

En somme, comme l'explique Macneil, le juriste aura toujours intérêt à se réserver une période de temps plus ou moins importante pour revoir l'ensemble des étapes déjà effectuées. Une telle précaution permettra sans doute d'asseoir la relation des parties sur des bases plus solides<sup>78</sup>.

Cela dit, Macneil rappelle qu'en matière d'échanges relationnels<sup>79</sup>, la signature du contrat marque le début de la relation et non la fin. Aussi, l'intervention du juriste lui apparaît-elle justifiée non seulement au niveau de la planification initiale, mais également à

---

<sup>77</sup> *Id.*, p. 53.

<sup>78</sup> *Id.*, p. 54.

<sup>79</sup> Pour la distinction entre «échanges relationnels» et «échanges transactionnels», voir *supra*, §1, section 2, chapitre 1, partie 3.



celui de l'exécution des prestations ou du suivi de la relation. À ses dires, une telle implication lui permettra d'acquérir une connaissance approfondie de la dynamique des relations contractuelles et de saisir les lacunes de la planification déjà réalisée. Ainsi, pourra-t-il tirer profit de ses erreurs et développer une expertise croissante en matière de planification contractuelle. Son intervention durant la relation lui permettra également de participer favorablement à la résolution des différends susceptibles d'opposer les parties et partant, de contribuer à la poursuite des échanges ou à l'établissement d'une nouvelle planification<sup>80</sup>.

## **§ 2 Les éléments de la planification contractuelle**

Il convient maintenant d'identifier les différents éléments de la planification contractuelle de la relation conjugale. Sous forme de questions, il s'agira d'illustrer le plus précisément possible ce que pourrait être le contenu du contrat conjugal.

Certes, le lecteur pourra s'étonner du caractère pour le moins «terre à terre» des considérations qui suivent. L'exercice nous paraît toutefois incontournable. La régulation contractuelle de la relation conjugale au sens où nous l'entendons suppose un tel élargissement des paradigmes dominants qu'on ne saurait se contenter de demeurer dans les limites «sécurisantes» de l'abstrait. Il fallait, à notre avis, faire un pas de plus et, au risque de surprendre, fournir aux

---

<sup>80</sup> *Id.*, pp. 55-56.

conjointes et aux praticiens les outils leur permettant de concevoir le plus concrètement qui soit les objets de la régulation contractuelle.

Tel qu'annoncé dans le premier chapitre, les éléments susceptibles de meubler le contrat conjugal ne font pas appel à une seule et même conception du contrat et de la normativité. Alors que certaines dispositions pourraient s'accommoder d'une conception classique, d'autres, plus nombreuses, nécessitent qu'on élargisse l'espace dans lequel la normativité contractuelle est généralement confinée.

Par ailleurs, certains jugeront le modèle proposé excessif ou exagéré. Quelques dispositions du contrat conjugal peuvent effectivement surprendre par l'intrusion directe et précise qu'elles opèrent dans des zones traditionnellement imperméables à la régulation contractuelle.

À cela, répondons simplement qu'un modèle se doit de soulever toutes les possibilités, même les plus extrêmes. Bien sûr, nous demeurons conscient qu'un grand nombre de couples n'adhéreront pas nécessairement à chacune des dispositions proposées. Pour toutes sortes de raisons, certains couples refuseront d'introduire la logique contractuelle et l'explicitation qu'elle suppose dans des domaines particuliers de leur vie conjugale et familiale, et ce, même s'ils demeurent généralement favorables à la régulation contractuelle de leur relation. En ce sens, le modèle suggéré n'est pas exclusif. Il

s'agit plutôt d'un assemblage de dispositions dans lequel les couples pourront puiser au gré de leurs besoins normatifs.

Le niveau de généralité du contrat conjugal est également susceptible de varier. Alors que certains couples souhaiteront instituer des règles de fonctionnement ou des modalités précises, d'autres se limiteront à établir des principes généraux sur la base desquels ils articuleront par la suite leurs rapports. Le contrat se rapprochera tantôt d'une charte, tantôt d'un plan détaillé.

En somme, tout dépendra du niveau d'explicitation que la confiance conjugale peut supporter. Rappelons que ce n'est pas le contrat en soi qui est incompatible avec la confiance, mais les présomptions et impressions qui se dégagent de l'utilisation qu'on en fait. Pousser l'explicitation au-delà d'un certain degré comporte donc le risque de miner la confiance et de créer un climat de suspicion. Il reviendra donc à chaque couple, assisté du notaire mandaté pour rédiger le contrat, le cas échéant, d'établir son seuil critique d'explicitation contractuelle<sup>81</sup>.

Au total, nous avons identifié douze éléments couvrant l'ensemble

---

<sup>81</sup> Le professeur Macneil expose cette préoccupation en ces termes : «[p]recise specification of part of the relation may be impossible or undesirable for a variety of reasons. Such specifications may [...] jeopardise the prospective relation between the parties. For example, a couple about to marry may fear the possibly disruptive effect of arms-length negotiations required for specification of performance planning.» : Ian R. MACNEIL, *Contracts, Exchange, Transactions and Relations*, 2<sup>e</sup> éd., Mineola, Foundation Press, 1978, pp. 35-36.

des aspects de la relation conjugale. Tel que mentionné précédemment, chacun se compose d'une série de questions plus ou moins précises destinées à traduire précisément les ententes intervenues et en bout de ligne, à dresser le contrat conjugal.

#### **A. Les attentes générales et les conceptions entretenues**

En tout premier lieu, le contrat conjugal devrait exprimer les objectifs généraux que poursuivent les conjoints et clarifier les attentes qu'ils entretiennent par rapport à leur relation<sup>82</sup>. En somme, les conjoints pourront tracer ici les grandes lignes de leur projet commun.

Certes, on est porté à croire qu'un tel exercice ne posera aucun problème particulier. Puisque les conjoints se connaissent et dans certains cas, partagent déjà leur vie, il est logique de penser qu'ils pourront définir sans détour et sans surprise leur projet marital.

Soit, plusieurs attentes fondamentales vont naturellement émerger des rapports qu'entretiennent les conjoints depuis leur rencontre. Nul ne saurait nier l'effet révélateur du temps, des échanges et dans

---

<sup>82</sup> Voir Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 259-260 et pp. 421-424 ; Evita M. ROCHE, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, à la page 120 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 219.

certain cas, de la cohabitation<sup>83</sup>.

Cela étant, plusieurs spécialistes de la relation conjugale estiment que certaines attentes, parfois irréalistes<sup>84</sup>, parfois basées sur des repères ou conceptions du passé<sup>85</sup>, parfois tributaires de l'appartenance sexuelle<sup>86</sup>, vont demeurer plus ou moins latentes ou

---

<sup>83</sup> Voir en ce sens Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 222.

<sup>84</sup> Comme l'écrit la sociologue Jocelyne Valois, «[...] certains couples ont de telles attentes envers leur relation amoureuse que l'euphorie des premiers moments de la vie commune fait souvent place à la désillusion et au désenchantement dès que surgit la moindre mésentente. »: Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 202.

<sup>85</sup> Chacun des conjoints possède en effet un héritage culturel et social qui l'influence d'une façon ou d'une autre. Rejetant toute prétention contraire, une auteure écrit : «[c]omme si, même des partenaires qui s'aiment et restent solidaires, n'étaient pas en série dans une société de type patriarcal, porteur chacun et chacune du poids des cultures spécifiques dont les effets sont trop souvent inégalitaires?» Françoise HECQ, «La famille et quelques-uns de ses paradoxes», dans Jacques LEMAIRE, Madeleine MOULIN et Marthe VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 59, à la page 68 ; Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 174 ; voir aussi Jean-Claude KAUFMANN, *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992, pp. 170-172. Voir enfin la dénonciation du cadre de référence traditionnel présenté dans Nena O'NEILL et Georges O'NEILL, *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972.

<sup>86</sup> Il est admis que la perception des hommes et des femmes de la signification de l'engagement amoureux diffère substantiellement : Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993, p. 196. De même, au niveau de la sexualité, des différences de perception notoires sont observables : voir notamment Carmen SANSREGRET-SCOTT, *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973, p. 33.

ambigües<sup>87</sup> et ne se manifesteront qu'au bout d'un certain temps dans un contexte peu propice au maintien et à l'épanouissement de la relation conjugale. Ainsi, la libre interprétation qu'en fera chacun des conjoints pourrait mener à l'incompréhension, la confusion, la mésentente et parfois même à la rupture<sup>88</sup>. En ce sens, le sociologue américain Carlfred Broderick énonce :

«[...] Each person enters marriage with his or her own vision of what the reciprocal obligations are. Sometimes, there are conscious expectations ; sometimes, they may surface only indirectly through the outrage produced when they are not met.»<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Ces attentes sont qualifiées par le Dr. Clifford Sager et ses collègues de «[...] conscious but non verbalized expectations and beyond awareness expectations.» : Clifford SAGER, Helen S. KAPLAN, Ralph H. GRUNLACH, Malvina KREMER, Rosa LENZ, Jack R. ROYCE, «The Marriage Contract», (1971) 10 *Family Process* 311, 312-314, 318. Voir également J.D. BALL et Lawrence H. HENNING, «Rational Suggestions for Premarital Counseling», (1981) 7 *Journal of Marital and Family Therapy* 69 ; Lynn BUCKNER et Connie J. SALTS, «A Premarital Assessment Program», (1985) 34 *Family Relations* 513 et Luc GRANGER, *La communication dans le couple*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1980, p. 19. Voir également, dans une perspective plus générale, Anthony N. MALUCCIO et Wilma D. MARLOW, «The Case for the Contract», (1974) 19 *Social Work* 28.

<sup>88</sup> À ce sujet, le Dr. Clifford Sager et ses collègues affirment : «[...] While each spouse is usually at least partially aware of the terms of his contract, and the needs from which these terms are derived, he may be only remotely aware, if at all, of the implicit expectation of his spouse.» : Clifford SAGER, Helen S. KAPLAN, Ralph H. GRUNLACH, Malvina KREMER, Rosa LENZ, Jack R. ROYCE, «The Marriage Contract», (1971) 10 *Family Process* 311, 312. Voir aussi l'exposé, d'ailleurs très révélateur, des anthropologues américains Nena et Georges O'NEILL dans *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par Marthe Teyssedre et Jacques Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972, à la page 48 et suiv. et particulièrement aux pages 65 et 77.

<sup>89</sup> Carlfred B. BRODERICK, *Marriage and the Family*, 3e éd., New-Jersey, Prentice Hall, 1998, pp. 184-185.

On comprend alors l'intérêt d'une plate-forme de communication et de négociation permettant d'explicitier d'ores et déjà ce qui pourrait autrement devenir problématique<sup>90</sup>. Lenore J. Weitzman écrit d'ailleurs:

«Open and honest communication in contract discussions can play an important role not only in alleviating conflict, but in helping parties to identify and deal with areas of potential trouble in advance [...] An exploration of the values of economic vs. personal goals can bring potential philosophical differences into open and may help to resolve them before they become a source of conflict.»<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> «As many marital disagreements result from oversight or thoughtlessness, the contract is there as a constant reminder to all of what they have mutually agreed to do.» : J. GIBSON WELLS. «A Critical Look at Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator*, 33, 36-37. Voir aussi, en ordre de priorités, Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 233 et Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, aux pages 219-220 et 222. Bien entendu, il existe d'autres sources de conflits intrinsèques à la relation contractuelle qui subsisteront malgré l'éclaircissement des termes de l'entente. Le contrat constitue un point d'équilibre entre des intérêts convergents et divergents. Les divergences n'engendrent aucun conflit tant et aussi longtemps que les contractants retirent des bénéfices du projet commun. L'équilibre demeure souvent fragile et risque de balancer en cours de route, sans que l'on puisse y faire quoi que ce soit. En somme, toute coopération ou forme d'association est susceptible d'entraîner des conflits de valeurs ou d'intérêts entre les principaux intéressés et dont l'intensité peut dans certains cas compromettre la poursuite des échanges.

<sup>91</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 234. Voir également Evita M. ROCHE, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, aux pages 120-121.

Dans le même sens, la sociologue J. Gibson Wells ajoute :

«There is no doubt that marriage offers a fertile place for the development of conflict, and that more open and honest communication can play an important role in alleviating marital conflict. The move toward the use of personal marriage contracts has to be seen as a step in right direction, so far as the improvement of marital relationships is concerned.»<sup>92</sup>

Évidemment, la plupart des conjoints recherchent leur épanouissement personnel à travers l'union. Généralement, ils souhaitent une relation empreinte de respect, de confiance et d'amour<sup>93</sup>. On reconnaîtra ici les fondements de la relation conjugale contemporaine<sup>94</sup>. Mais au-delà de cette considération commune, de quelle façon la relation avec l'autre peut-elle contribuer à l'atteinte d'un tel objectif?

Le bonheur des conjoints ou leur épanouissement passe-t-il par une proximité de tous les instants ou nécessite-t-il plutôt une certaine autonomie? Souhaitent-ils tous les deux une relation structurée ou au contraire, une relation ouverte et flexible? La communication

---

<sup>92</sup> J. GIBSON WELLS, «A Critical Look at Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator* 33, 37.

<sup>93</sup> Dans des cas sans doute exceptionnels, le mariage pourrait avoir une autre signification pour les conjoints. Comme le laisse entendre Bernard Lemennicier, il pourrait aussi s'agir d'une relation limitée au «contact réciproque de leur épiderme» respectif : Bernard LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, P.U.F., 1988, p. 119.

<sup>94</sup> *Supra*, section 1, chapitre 1, partie 2.



est-elle perçue comme un ingrédient essentiel à la relation conjugale? Si oui, quels sont les outils ou les moyens que se donneront les conjoints pour bien communiquer?

L'autre est-il le seul agent de bonheur, un agent plus important que les autres ou un agent parmi les autres? L'autre est-il perçu comme un simple compagnon de vie ou comme un partenaire à part entière dans l'entreprise commune qu'est le mariage? Les enfants font-ils partie de la définition du bonheur de chaque conjoint? Et qu'en est-il de leurs carrières respectives?

Voilà autant de questions qui, à notre avis, pourraient permettre de situer la conception du mariage qu'entretiennent les conjoints, et partant de tracer les lignes maîtresses de leur projet commun. Évidemment, il ne s'agira ici que de généralités. Les rubriques qui suivent préciseront les attentes particulières dans toutes les sphères de la vie conjugale. De la même manière qu'un préambule, l'expression générale des attentes et des perceptions entretenues favorise néanmoins la compréhension du contrat et permet de saisir l'orientation qu'entendent donner les conjoints à leur relation.

## **B. Le domicile et les résidences de la famille**

Nul ne saurait nier l'importance capitale du domicile pour les conjoints et leur famille. Les décisions prises à ce sujet entraînent des conséquences susceptibles d'affecter plusieurs aspects de la vie

conjugale. À cet effet, l'établissement de certains paramètres dans le contrat conjugal pourrait s'avérer souhaitable<sup>95</sup>.

D'abord, y aura-t-il un seul et même domicile pour les deux conjoints ou chacun aura-t-il son propre domicile? S'il n'y a qu'un seul domicile, où sera-t-il établi? À défaut de cibler un lieu particulier, les conjoints souhaitent-ils établir leur domicile en région urbaine ou rurale? Y a-t-il des endroits à exclure? Est-il envisageable d'établir le domicile en région éloignée ou en pays étranger? La carrière d'un des conjoints est-elle susceptible d'influencer directement le lieu du domicile conjugal ou tout changement subséquent? Les obligations qu'un conjoint assume à l'endroit d'enfants issus d'unions précédentes pourraient-elles avoir pour effet de limiter le lieu d'établissement du domicile? Pensons simplement à la garde partagée qui nécessite une certaine proximité entre le domicile du père et de la mère<sup>96</sup>.

Et à qui appartiendra le domicile? À un seul des conjoints ou au deux indivisément? Le domicile sera-t-il constitué d'une propriété ou d'un logement en location? S'il s'agit d'un logement en location, les

---

<sup>95</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 269-271 et pp. 431-432. Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 222. Voir également Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 176.

<sup>96</sup> Voir notamment *Droit de la famille-1636*, [1992] R.D.F. 600 (C.S.) et *Droit de la famille-1219*, [1989] R.D.F. 112 (C.S.).

conjoint entendent-ils éventuellement accéder à la propriété? Les conjoints veulent-ils aménager dans le domicile certains espaces exclusifs à chacun d'eux?

Les conjoints désirent-ils acquérir une résidence secondaire ou même plusieurs, si les moyens dont ils disposent le permettent? Ces résidences seront-elles communes aux conjoints et la famille ou certaines d'entre elles seront-elles plutôt réservées à l'usage exclusif d'un seul conjoint? Pensons simplement au camp de chasse et de pêche qui représente souvent le refuge du mari.

### **C. Le travail et les plans de carrière**

Le travail et la carrière constituent aujourd'hui l'un des aspects les plus importants de la vie personnelle et conjugale d'une personne. Source de satisfaction et d'épanouissement personnel pour certains, nécessité économique pour d'autres, il peut sembler nécessaire de clarifier et d'établir, dans le contrat conjugal, les attentes et perceptions que chaque conjoint entretient à cet égard<sup>97</sup>.

D'abord, les conjoints entendent-ils travailler tous deux à

---

<sup>97</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 261-263 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 222 ; Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 30. Voir également Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 176.

l'extérieur du foyer ou l'un d'eux veillera-t-il plutôt à l'entretien quotidien de la maisonnée? Si les deux conjoints poursuivent une carrière, y en aura-t-il une qui aura préséance sur l'autre? Y aura-t-il alternance dans les priorités? Et comme nous l'avons soulevé dans la rubrique précédente, la préséance accordée à une carrière pourrait-elle justifier d'elle-même un changement de domicile, voire même un retour aux études?

Dans la mesure où les conjoints ont un ou plusieurs enfants, l'un d'eux interrompra-t-il sa carrière pour demeurer auprès d'eux? Si oui, lequel et pour combien de temps? S'agira-t-il d'une interruption permanente ou d'un simple intervalle? Le conjoint qui interrompra sa carrière pourra-t-il exiger de l'autre une compensation financière<sup>98</sup>? Si oui, cette compensation sera-t-elle versée durant le mariage, à intervalles réguliers, ou sera-t-elle due seulement s'il y a rupture? La base de calcul sera-t-elle le revenu que le conjoint aurait pu gagner s'il n'avait pas interrompu sa carrière ou sera-t-elle plutôt le revenu de l'autre conjoint, en termes de pourcentage<sup>99</sup>?

---

<sup>98</sup> Voir précisément Françoise BRAUN, «Malgré et avec l'amour : une entente de parentage», dans Renée B. DANDURAND, *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 81, à la page 87. Voir également Marie-Thérèse CALAIS-AULOY, «Pour un mariage aux effets limités», (1988) 87 *Rev. tr. dr. civ.* 255, 260 et 266. Dans une perspective plus juridique, voir Alain ROY, «Des contrats de mariage innovateurs», (1995) 98 *R. du N.* 64, 77-78.

<sup>99</sup> Pour des modèles de mécanismes contractuels compensatoires, voir précisément Alain ROY, «Des contrats de mariage innovateurs», (1995) 98 *R. du N.* 64, 77-78. Voir également Michael J. TREBILCOCK et Rosemin KESHVANI, «The Role of Private Ordering in Family Law : A Law and Economics Perspective», (1991) 41 *University of*

Comment les conjoints entendent-ils concilier le travail et la vie familiale<sup>100</sup>? Chaque conjoint entend-il réserver certaines plages horaires à la famille ou le temps consacré à la famille sera-t-il plutôt déterminé en fonction des disponibilités résiduelles?

#### **D. L'organisation des tâches domestiques**

Si les tâches domestiques ne représentent pas le volet le plus intéressant de la relation conjugale, il s'agit néanmoins d'un aspect incontournable. En effet, tous les couples, sans exception, doivent à un moment ou à un autre adopter certaines règles de fonctionnement à cet égard. Le contrat conjugal fournit aux conjoints l'occasion d'explicitier et d'articuler certains principes-cadres devant régir l'organisation domestique<sup>101</sup>.

---

*Toronto Law Journal* 533, 555-558 ; Marcia NEAVE, «Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of "The Role of Private Ordering in Family Law"», (1994) 44 *University of Toronto Law Journal* 97 et Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1306 et suiv.

<sup>100</sup> Voir précisément Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 30.

<sup>101</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 271-272 et pp. 433-434 ; Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 220-221 ; Evita M. ROCHE, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, aux pages 122-123 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, aux pages 220 et 222 ; Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 30-31 ; David J. ROLFE, «Pre

D'abord, l'exécution des tâches domestiques sera-t-elle confiée aux soins d'une ressource externe? Si oui, de quel type de ressource s'agira-t-il? Est-il envisageable de requérir les services d'un membre de la famille d'un conjoint? Qui acquittera les frais de la personne ou de l'agence retenue?

À défaut de confier l'exécution de la charge à une ressource externe, est-ce un seul conjoint qui s'acquittera des tâches domestiques? Si oui, lequel? Recevra-t-il une compensation monétaire pour cette charge<sup>102</sup>? Dans l'affirmative, cette compensation sera-t-elle versée durant le mariage, à intervalles réguliers, ou sera-t-elle due seulement s'il y a rupture?

Si les deux conjoints entendent partager les tâches domestiques, dans quelle proportion chacun y contribuera-t-il? La répartition sera-t-elle égale ou inégale? Y aura-t-il rotation dans l'exécution des tâches ou chacun assumera-t-il toujours les mêmes tâches? Et en toute hypothèse, les conjoints entendent-ils confier exclusivement à l'un d'eux l'exécution de certaines tâches particulières? La cuisine ou l'entretien du terrain, par exemple.

Les conjoints entendent-ils établir un processus de contrôle pour

---

Marriage Contracts : An Aid to Couples Living with Parents», (1977) 26 *The Family Coordinator* 281, 285. Voir également Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., Random House, New York, 1988, pp. 176-177.

<sup>102</sup> Voir Eric RASMUSEN et Jeffrey Evans STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance : Personalizing the Marriage Contract», (1998) 73 *Indiana Law Journal* 453, 486.

vérifier la qualité du travail effectué? Si les tâches ne sont pas exécutées par un conjoint conformément à l'entente intervenue, l'autre pourra-t-il requérir les services d'une ressource externe au frais du conjoint en défaut? Et s'il choisit plutôt d'assumer lui-même l'exécution de la tâche, recevra-t-il une compensation financière? Les charges professionnelles excessives qui occupent un conjoint pourraient-elles constituer un motif justifiant soit un allègement de ses obligations, soit un déchargement?

Les enfants du couple ou d'un conjoint participeront-ils à l'exécution des tâches domestiques? Et dans quelle mesure? Seront-ils rémunérés? S'agira-t-il d'une contribution souhaitée ou imposée?

Est-il envisageable pour les conjoints de posséder un animal domestique<sup>103</sup>? Si tel est le cas, qui en assumera les soins et qui acquittera les frais en résultant? Qui assumera les corvées qui y sont associées? Y a-t-il des espèces à exclure en raison d'allergies ou pour tout autre motif? Qui obtiendra les animaux domestiques en cas de rupture<sup>104</sup>?

---

<sup>103</sup> Cet aspect peut sans doute paraître banal, mais n'oublions pas que pour certaines personnes, la possession d'un animal domestique a une importance capitale. Alain et Jacqueline Pousson écrivent d'ailleurs : «[d]ans notre société post-industrielle urbaine, l'animal de compagnie devient le support des fantasmes humains. Exutoire ou substitut, refuge ou fétiche, il acquiert une valeur thérapeutique [...]» : Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, p. 297.

<sup>104</sup> En France, des tribunaux ont déjà été amenés à attribuer la garde d'un animal à un conjoint en cas de divorce et à prévoir des droits d'accès pour l'autre, ce qui fait dire à Pousson et Pousson que l'animal est devenu un sujet de droit naissant. Voir Jacqueline POUSSON et Alain POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990.

Dans le but d'assurer l'application efficace des principes énoncés, les conjoints voient-il l'utilité d'établir une grille de fixation des tâches ménagères, établissant les charges à effectuer, le conjoint qui en est responsable et l'époque et la fréquence auxquelles les tâches concernées doivent être effectuées<sup>105</sup>? Cette grille sera-t-elle annexée au contrat pour en faire partie intégrante, ou sera-t-elle plutôt rédigée par les conjoints en marge du contrat, comme un document autonome? À quelle fréquence la grille de fixation devra-t-elle être revue et quelles sont les raisons qui pourraient en justifier la révision? L'insatisfaction d'un conjoint à l'égard du travail exécuté par l'autre sera-t-elle un motif donnant automatiquement ouverture à la révision?

### **E. L'organisation financière**

Puisque le mariage entraîne inévitablement la confusion de certains intérêts économiques entre les conjoints, les questions d'ordre financier devraient idéalement faire l'objet d'échanges et

---

pp. 302-304, ainsi que les références citées par les auteurs.

<sup>105</sup> Evita M. ROCHE. «The Content of Marriage Contracts: A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, à la page 122. Certains considèrent ces grilles indispensables puisqu'elles permettent d'assurer au quotidien l'application d'énoncés généraux auxquels les conjoints souscrivent d'emblée, mais dont le respect exige une certaine forme d'encadrement : «[t]hose who do specify these practical matters have a concrete guideline for transforming ideals into day-to-day actions. The specification gives couples a concrete standard against which to monitor and measure their own behavior and thereby keep themselves on track.» : Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 234. Voir également ce qu'écrit l'auteur à la page 271.



d'ententes. Le contrat conjugal représente à cet égard un véhicule intéressant<sup>106</sup>.

Il s'agira, en premier lieu, de déterminer la contribution que fournira chaque conjoint aux dépenses courantes de la famille. On pense notamment à l'alimentation, au logement, aux vêtements et aux loisirs. Qui assumera ces dépenses? Un seul conjoint ou les deux? Si les deux conjoints y participent, contribueront-ils également, inégalement ou en proportion de leurs revenus respectifs? Y aura-t-il un compte conjoint pour couvrir les dépenses ou chacun assumera-t-il plutôt, à même ses propres revenus, certaines dépenses préalablement identifiées? Dans quelle mesure les conjoints entendent-ils faire usage du crédit? Leur apparaît-il envisageable ou souhaitable d'emprunter à un membre de la famille ou à un ami?

Dans un autre ordre d'idées, comment les conjoints disposeront-ils de leur revenus respectifs, si tel est le cas? Chacun emploiera-t-il ses avoirs comme bon lui semble, après avoir prélevé le montant de sa contribution aux dépenses de la famille, le cas échéant? Au contraire, les revenus seront-ils confondus pour l'usage commun des

---

<sup>106</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract Spouses, Lovers and the Law*, New York, The Free Press, 1981, pp. 262-269 et pp. 428-431 ; Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 32 ; James CRENSHAW, «A Blueprint for Marriage : Psychology and the Law Join Forces», (1962) 48 *American Bar Association Journal* 125, 127 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 222. Voir également Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 176.

conjointes et de la famille? Dans l'affirmative, le seront-ils en totalité ou partiellement? Un conjoint devra-t-il obtenir l'accord de l'autre pour disposer des avoirs communs ou chacun aura-t-il plutôt entière discrétion à cet égard?

Les conjoints entendent-ils se constituer un fond de réserve ou de prévoyance? Quel sera précisément leur plan d'épargne? S'agira-t-il d'un plan familial ou d'un plan individuel à chacun? Les conjoints entendent-ils constituer spécialement un fond d'épargne pour leurs enfants? Quelle est la portion des actifs qui pourra faire l'objet de placements risqués? Les conjoints souhaitent-ils souscrire une assurance-vie au bénéfice de l'autre et alternativement, au profit des enfants?

#### **F. Le régime d'administration et de partage des biens**

Le régime d'administration et de partage des biens constitue actuellement le principal objet de régulation contractuelle du mariage. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, les conjoints ont traditionnellement recours au contrat de mariage pour établir un régime matrimonial. Or, le régime matrimonial fixe le cadre organisationnel à l'intérieur duquel les rapports patrimoniaux des conjoints, entre eux et avec les tiers, doivent s'articuler et détermine, le cas échéant, les règles et modalités de partage auxquelles seront soumis ces biens en cas de dissolution du mariage.

En pratique, les conjoints élaborent rarement un régime sur mesure. Ils se prévalent plutôt des modèles pré-établis dans la loi<sup>107</sup>. Quelle que soit l'option qu'ils choisissent, les conjoints devraient idéalement s'interroger et échanger ouvertement sur le type de régime qui leur convient<sup>108</sup>.

Désirent-ils un régime où tous leurs actifs seront confondus en une seule masse, laquelle constituera le gage commun de leurs créanciers respectifs? Si tel est le cas, qui administrera la masse commune et pourra en disposer? Un seul conjoint ou les deux? À quel moment et suivant quelles règles et modalités la masse sera-t-elle partagée entre eux? Y a-t-il des biens ou des valeurs qui seront exclus de la masse commune? Si oui, lesquels? On pense par exemple aux biens et valeurs acquis avant le mariage ou provenant d'une succession ou d'une donation<sup>109</sup>.

Les conjoints souhaitent-il plutôt un régime où chacun conservera durant l'union la libre gestion et la libre disposition des biens qu'il possède et dont il se portera acquéreur? Y a-t-il cependant des biens dont un conjoint ne pourra disposer qu'avec le consentement de

---

<sup>107</sup> *Supra*, B, §1, section 2, chapitre 2, partie 1.

<sup>108</sup> Voir à cet effet Serge BINETTE, «Régimes matrimoniaux et contrats de mariage», dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit* - «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, pp. 26-30.

<sup>109</sup> À cet égard, le contrat pourrait annexer un inventaire des biens et des valeurs exclus, ce qui permettrait d'éviter certains problèmes de preuve au moment du partage. Voir Alain ROY, «Des contrats de mariage innovateurs», (1995) 98 *R. du N.* 64, 69-72.

l'autre? Si oui, lesquels? Quelles seront les conséquences du manquement à cette obligation? Par ailleurs, chaque conjoint sera-t-il seul responsable de ses dettes ou y aura-t-il responsabilité conjointe?

Et lors de la dissolution, y aura-t-il un partage de l'actif respectif des conjoints ou chacun reprendra-t-il plutôt la totalité de ses biens? En cas de partage, s'agira-t-il de partager la totalité ou une partie seulement des actifs? Quelles seront les règles et les modalités du partage? Est-ce la propriété ou la valeur des biens qui sera partagée? Y a-t-il des biens spécifiques qui seront attribués à un conjoint? Si oui, lesquels et à quelles conditions? On peut penser à la résidence familiale et aux meubles du ménage qu'on voudrait automatiquement attribuer au conjoint qui se voit confier la garde des enfants. Et qu'adviendra-t-il du passif? Comment se répartira-t-il entre les conjoints?

Bien sûr, le contrat conjugal pourrait élaborer un régime sur mesure, spécifiquement adapté aux besoins des conjoints et à leur conception du mariage. Cependant, il pourrait également référer à un régime-cadre déjà prévu dans la loi, si tel régime convient à leur volonté commune. Que le législateur propose certains modèles est souhaitable et susceptible de simplifier grandement la démarche des conjoints. Pour autant, cependant, que ces derniers conservent le dernier mot. Or, on sait qu'en vertu du droit actuel, le mariage emporte la constitution d'un patrimoine familial obligatoire,

partageable au moment de la séparation ou de la dissolution, quel que soit le régime matrimonial établi par les conjoints. La liberté contractuelle des conjoints n'est donc, en cette matière, que partielle.

## G. Les enfants

Autrefois, mariage et procréation pouvaient difficilement être dissociés. En d'autres termes, on se mariait pour avoir des enfants. Si aujourd'hui, une majorité de couples donnent toujours naissance à des enfants, ce n'est plus pour se conformer à une convention sociale ou religieuse, mais parce que la présence d'enfants contribue à leur bonheur<sup>110</sup>. S'agissant d'une décision qui relève désormais des seuls conjoints et qui peut faire l'objet d'une multitude d'aménagements, il apparaît nécessaire de l'aborder formellement dans le contrat conjugal<sup>111</sup>.

D'abord, les conjoint veulent-ils des enfants? Est-ce un projet incontournable ou réalisable simplement dans la mesure où il ne

---

<sup>110</sup> *Supra*, section 1. chapitre 1. partie 2.

<sup>111</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 277-28 et pp. 439-443 et Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 222. Voir également Françoise BRAUN, «Malgré et avec l'amour : une entente de parentage», dans Renée B. DANDURAND, *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 81. Voir aussi Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 177.

compromet pas l'atteinte d'autres objectifs? Combien d'enfants sont souhaités? À quel moment la venue du premier enfant est-elle envisagée? 1 an, 3 ans ou 5 ans après le mariage? Et qu'en est-il des autres enfants?

Si les conjoints ne peuvent avoir d'enfants naturellement, l'adoption représente-t-elle une option? Si oui, sont-ils disposés à adopter un enfant étranger? À quelles conditions? Dans le même ordre d'idées, les conjoints sont-ils favorables aux processus de procréation médicalement assistée, comme l'insémination artificielle? Accepteraient-ils que l'enfant soit conçu à partir de gamètes provenant d'une autre personne<sup>112</sup>? L'hébergement d'enfants en famille d'accueil est-il envisageable?

Quel sera le nom que porteront les enfants? Le nom du père, de la mère ou un nom composé? Le nom sera-t-il le même pour chacun des enfants<sup>113</sup>?

Qui assumera l'éducation quotidienne de l'enfant et veillera à leur fournir les soins requis? Un seul des parents ou les deux? Feront-ils

---

<sup>112</sup> Il faut noter qu'en droit québécois, les contrats de gestation et de procréation pour le compte d'autrui, communément appelés «contrats de mère porteuse» sont prohibés : C.c.Q., art. 541.

<sup>113</sup> Voir précisément Evita M. ROCHE, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, à la page 125 et Françoise BRAUN, «Malgré et avec l'amour: une entente de parentage», dans Renée B. DANDURAND, *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 81, à la page 88.

appel à une ressource externe? Si oui, de quel type de ressource s'agira-t-il et qui en assumera les frais, le cas échéant? Dans la mesure où les deux parents entendent participer, y en aura-t-il un qui, malgré tout, jouera un rôle accru auprès des enfants? Si l'enfant est malade et qu'il ne peut être confié aux ressources externes, quel conjoint s'absentera du travail pour s'en occuper? Y aura-t-il rotation?

Si les parents sont de cultures différentes et ne parlent pas la même langue, quelles seront la culture et la langue qui prévaudront à la maison? Quelle importance entend-on par ailleurs accorder à la langue et la culture secondaires? Et quels types d'écoles seront privilégiés? Publique ou privée, religieuse ou laïque, française, anglaise, traditionnelle ou alternative?

Si un conjoint a des enfants d'une union précédente dont il assume la garde, comment les rapports d'un conjoint avec les enfants de l'autre s'organiseront-ils? Les deux conjoints tiendront-ils, dans les faits, le rôle de parents auprès des enfants de l'autre ou chacun éduquera-t-il ses propres enfants comme bon lui semble, indépendamment de l'autre? En d'autres termes, y aura-t-il une seule famille ou deux familles à l'intérieur de la maison<sup>114</sup>?

---

<sup>114</sup> Voir sur le sujet le cas rapporté par Mme Roche dans Evita M. ROCHE, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, à la page 124. Sur la pertinence de régler contractuellement de telles questions, voir également Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and*

Si les conjoints ne veulent pas d'enfants ou que la famille est complétée à leur satisfaction commune, la contraception sera-t-elle à la charge de la femme ou du mari ou des deux? S'agira-t-il de préservatifs ou d'opération chirurgicale, comme la vasectomie ou la ligature des trompes? En cas de grossesse, l'avortement est-il acceptable aux deux conjoints? S'agira-t-il d'une décision personnelle à la femme ou d'une décision conjointe?

## **H. La religion**

D'un couple à l'autre, la religion a une importance très variable. Alors que certains y voient la pierre angulaire de leur relation, d'autres n'y accordent aucune valeur. Il importe donc d'amener les conjoints à échanger sur la question, à plus forte raison dans une société où différentes religions cohabitent et exercent une influence sur la conception du mariage qu'entretiennent les croyants<sup>115</sup>.

En premier lieu, il s'agira d'amener les conjoints à discuter de leur religion et leurs croyances respectives. Cela fait, il pourrait être nécessaire d'en établir l'importance. Quelle valeur les conjoints

---

*Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 220.

<sup>115</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 281 et pp. 436-437. Voir également Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER, Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 222 et David J. ROLFE, «Pre-Marriage Contracts : An Aid to Couples Living with Parents», (1977) 26 *The Family Coordinator* 281, 285.



accordent-ils à la religion? Est-ce un aspect important de leur vie? Si oui, comment entendent-ils vivre et pratiquer leurs croyances? Individuellement ou conjugalement? Dans la deuxième hypothèse, quelle sera l'incidence de la religion sur le couple et la vie de famille?

Quelle importance la religion aura-t-elle dans l'éducation des enfants? Qui assumera leur éducation religieuse? Les deux parents ou un seul? Les enfants recevront-ils tous les sacrements religieux? Plus précisément, seront-ils baptisés<sup>116</sup>? Et si les parents sont de religions différentes, dans quelle religion les enfants seront-ils éduqués<sup>117</sup>?

## **I. Les relations familiales et sociales**

Au cours de son existence, toute personne tisse des liens avec son

---

<sup>116</sup> Françoise BRAUN, «Malgré et avec l'amour : une entente de parentage», dans Renée B. DANDURAND, *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 81, à la page 88.

<sup>117</sup> Il faut noter que la doctrine traditionnelle semble considérer qu'une clause aux termes de laquelle les conjoints établiraient la religion dans laquelle l'enfant sera élevé est contraire aux bonnes moeurs : Pierre CIOTOLA, «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 165, 168-169 ; Roger COMTOIS, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 185 ; Serge BINETTE, «Régimes matrimoniaux et contrats de mariage», dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991, p. 54. Aux États-Unis, certaines ententes (antenuptial agreements) prévoyant la religion dans laquelle les enfants seraient éduqués ont été portées à l'attention des tribunaux. Voir Jocelyn E. STRAUBER, «A Deal is a Deal : Antenuptial Agreements Regarding the Religious of Children Should Be Enforceable», (1998) 47 *Duke Law Journal* 971.

entourage et sa famille d'origine, quel que soit son mode de vie. Bien sûr, les relations sociales et familiales n'ont pas la même importance pour chacun d'entre nous. Certains y voient un ingrédient indispensable au bonheur et à l'équilibre, d'autres y voient davantage une contrainte avec laquelle il faut composer.

À l'intérieur d'un même couple, les conjoints peuvent avoir des visions opposées sur la question, sans toutefois saisir toutes les implications susceptibles d'en résulter. Il peut donc être utile de les amener à clarifier et confronter les perceptions entretenues à cet égard<sup>118</sup>.

D'abord, quelle importance chaque conjoint accorde-t-il à la relation avec sa famille, et plus précisément, ses parents? Les conjoints entretiendront-ils individuellement des liens avec leur famille respective ou les échanges seront-ils plutôt communs? Y a-t-il certains membres de la famille d'un conjoint qui n'auront pas accès au domicile conjugal?

---

<sup>118</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 275-277 ; Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract: Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 31-33 ; James CRENSHAW, «A Blueprint for Marriage : Psychology and the Law Join Forces», (1962) 48 *American Bar Association Journal* 125, 128 ; Evita M. ROCHE, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, aux pages 124-125 et Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 222. Voir également Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 176.

De quelle façon les conjoints entendent-ils vivre leur relation avec leurs parents et à quelle fréquence? Les parents cohabiteront-ils avec le couple<sup>119</sup>? S'il s'agit d'une option qui n'est pas envisagée à court terme, qu'advient-il lorsque les parents d'un conjoint seront en perte d'autonomie? Les conjoints accepteraient-ils de les héberger? Si oui, à quelles conditions? Qui assumerait les soins requis par leur état de santé? Les deux conjoints, l'un d'eux, ou une ressource externe? Pourrait-il s'agir d'un autre membre de la famille? Et qui assumerait les frais occasionnés par l'hébergement?

Les conjoints entendent-ils accepter du soutien, de quelque nature que ce soit, de leurs parents ou d'un autre membre de leur famille? Dans le même ordre d'idées, est-il envisageable de confier la garde des enfants aux parents ou à un membre de la famille les jours de travail ou pour toute autre occasion?

En ce qui concerne les autres relations sociales, un exercice similaire pourrait s'avérer utile<sup>120</sup>. Quelle importance ont les

---

<sup>119</sup> Sur cette dernière hypothèse, voir les dispositions proposées dans David J. ROLFE, «Pre-Marriage Contracts : An Aid to Couples Living with Parents», (1977) 26 *The Family Coordinator* 281. Voir également l'arrêt *Koch c. Koch*, 232 A.2d 157 (N.J. Super. Ct App. Div. 1967) où un tribunal américain a eu à juger du caractère sanctionnable d'une telle entente.

<sup>120</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 275-277 ; Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract: Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 33 ; James CRENSHAW, «A Blueprint for Marriage : Psychology and the Law Join Forces», (1962) 48 *American Bar Association Journal* 125, 128 ; Evita M. ROCHE, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, aux pages 124

relations amicales pour les conjoints? Comment entendent-ils concilier leur vie sociale et leur vie conjugale et familiale? Les conjoints souhaitent-ils n'entretenir que des relations communes ou chacun se constituera-t-il plutôt son propre réseau social, indépendamment de l'autre? Quelles sont les attentes qu'un conjoint entretient sur le rôle que l'autre pourrait jouer dans le cadre de ses relations sociales et professionnelles<sup>121</sup>?

Un conjoint s'oppose-t-il à ce que l'autre entretienne une relation d'amitié avec une personne de sexe opposé? Un conjoint aura-t-il son mot à dire sur le maintien d'une relation amicale entretenue par l'autre, mais perçue comme étant contraire à l'intérêt du couple et de la famille? L'un des conjoints peut-il s'opposer à recevoir les amis de l'autre au domicile?

---

125 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 222. Voir également Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 177.

<sup>121</sup> Evita Roche illustre l'utilité d'une entente sur la question en évoquant le cas du président de l'Université de Harvard : «[o]ne example of the efficacy of such a clause is the case of Derek C. Bok, president of Harvard University, who apparently had a marriage contract with his wife, Sissela Bok, stating that she would be allowed at all times to pursue her own career. Bok accepted the university presidency on the explicit condition that his wife would not be accepted to perform all the traditional social tasks of the wife of a university president.» : Evita M. ROCHE, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, à la page 125.

## J. La procédure de suivi et de réévaluation

Comme nous l'avons déjà mentionné à plusieurs occasions, la relation conjugale n'est pas statique. Ainsi, les attentes mutuelles et plus particulièrement, les volontés exprimées par les conjoints dans le contrat conjugal sont susceptibles de changer au fil du temps et des événements. Elles doivent donc pouvoir faire l'objet d'un examen et d'une constante réévaluation<sup>122</sup>. Par ailleurs, l'entrée en vigueur de nouvelles mesures législatives suite à la clôture du contrat risque d'affecter, à plus ou moins long terme, l'équilibre des prestations initialement établies.

Le contrat conjugal ne sera l'instrument de référence souhaité que s'il évolue au même rythme que la relation des conjoints et peut faire l'objet d'ajustements continus. Il apparaît donc impérieux qu'on y incorpore une procédure assurant la réévaluation périodique des dispositions qu'il renferme<sup>123</sup>. Ce n'est qu'à cette condition

---

<sup>122</sup> Clifford SAGER, Helen S. KAPLAN, Ralph H. GRUNLACH, Malvina KREMER, Rosa LENZ, Jack R. ROYCE, «The Marriage Contract», (1971) 10 *Family Process* 311, 314. Voir également Clifford SAGER, *Marriage Contracts and Couple Therapy*, New York, Brunner/Mazel, 1976, p. 21 ; Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly*, 27, 30 et Anthony N. MALUCCIO et Wilma D. MARLOW, «The Case for the Contract», (1974) 19 *Social Work* 28, 34 ; J. GIBSON WELLS, «A Critical Look at Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator*, 33, 36 ; David J. ROLFE, «Pre-marriage Contracts : An Aid to Couples Living with Parents», (1977) 26 *The Family Coordinator* 281, 285.

<sup>123</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 284-286 et p. 444 ; Karl FLEISCHMANN, «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27, 36 ; Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in

qu'on pourra rendre pleinement opérationnelle la norme de flexibilité qui lui est propre<sup>124</sup>.

Cela dit, il conviendra de préciser les modalités du processus de réévaluation. D'abord, y aura-t-il une séance de réévaluation générale dans les mois qui suivront la célébration du mariage? L'expérimentation de la vie matrimoniale suscitera sans doute chez les conjoints le désir de réévaluer leur projet commun dans son ensemble. Dans certains cas, ceux-ci seront à même de comprendre le caractère irréaliste de certaines attentes :

«Contracts fail in some marriages because they are based on unrealistic expectations [...] Some expectations are doomed to disappointment because they are based on fantasies that no relationship can fulfill in reality.»<sup>125</sup>

Par la suite, à quel intervalle le contrat devra-t-il être revu? À

---

Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago. American Bar Association, 1993, p. 217, à la page 226. Voir également Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York. Random House, 1988, p. 177.

<sup>124</sup> *Supra*, §1, section 2, chapitre 1, partie 3.

<sup>125</sup> Clifford SAGER, Helen S. KAPLAN, Ralph H. GRUNLACH, Malvina KREMER, Rosa LENZ, Jack R. ROYCE, «The Marriage Contract», (1971) 10 *Family Process* 311, 313. D'ailleurs, ces auteurs croient qu'il est souvent très difficile pour les conjoints qui n'ont qu'une très faible expérience de vie commune d'élaborer un véritable contrat conjugal, d'où l'importance de procéder à une réévaluation systématique. Dans le même sens, voir aussi J. GIBSON WELLS, «A Critical Look at Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator* 33, 34-35. Voir également *Supra*, §2, section 4, chapitre 1, partie 2.

chaque année, à chaque 3 ans ou 5 ans<sup>126</sup>? Y a-t-il des événements particuliers qui justifieront d'eux-mêmes une réévaluation immédiate? Pensons simplement à la naissance d'un enfant, à l'acquisition d'une maison, à l'obtention d'un nouvel emploi, à la réorientation d'une carrière ou à la retraite d'un conjoint. Par ailleurs, le contrat pourra-t-il être révisé à la simple demande d'un conjoint qui démontrerait certaines insatisfactions? Y a-t-il certaines dispositions du contrat qui nécessiteront un suivi plus constant? L'organisation des tâches domestiques, par exemple.

Y a-t-il des intervenants ou des professionnels qui seront intégrés au processus de réévaluation? On pense au conseiller juridique, au conseiller financier ou au thérapeute conjugal. Et qui assumera les frais des consultations? Plus encore, les conjoints veulent-ils confier à un tiers le soin de procéder aux rappels convenus et de diriger formellement le processus de réévaluation? Dans l'affirmative, s'agira-t-il d'un professionnel, d'un ami ou d'un membre de la famille?

#### **K. Les compensations monétaires en cas de manquement**

Comme nous l'avons déjà mentionné, les différentes dispositions du contrat conjugal ne poursuivent pas toutes une fonction coercitive.

---

<sup>126</sup> La détermination de l'intervalle dépendra des circonstances particulières de chaque couple. Les professeurs Brown et Dauer estiment que la fréquence des rencontres devrait augmenter au fur et à mesure que les conjoints vieillissent : Louis M. BROWN et Edward A. DAUER, «A Synopsis of the Theory and Practice of Preventive Law (Part III)», (1983) 1 *Preventive Law Reporter* 6, 7.

Leur efficacité ne résulte pas d'une sanction formelle, mais de l'engagement moral qui anime les conjoints et de la confiance qu'ils se portent mutuellement. Il en est ainsi, par exemple, des règles relatives à l'organisation domestique.

Certains conjoints voudront cependant ajouter des «dents» aux arrangements intervenus en prévoyant qu'un manquement entraînera l'obligation pour le conjoint en défaut de verser une somme d'argent. En d'autres termes, certaines dispositions pourraient être assorties de pénalités<sup>127</sup>.

Selon Lenore J. Weitzman, la stipulation de pénalités sous forme de dommages-intérêts liquidés d'avance aura l'avantage d'indiquer clairement aux conjoints les conséquences d'un manquement éventuel et partant, d'éliminer ou d'atténuer les discussions sur le sujet<sup>128</sup>. Dans la mesure où le différend est porté devant le tribunal, on prétend qu'une telle initiative permettra au juge de mieux saisir les intentions des parties et d'assurer l'efficacité de dispositions qu'il aurait autrement refusé de sanctionner, du moins dans la plupart des cas. Weitzman écrit :

---

<sup>127</sup> À l'inverse, certains suggèrent d'assortir d'une récompense l'accomplissement d'une obligation : Ralph UNDERWAGER et Hollida WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans Edward WINER et Lewis BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217, aux pages 223-224. Voir également Elaine A. BLECHMAN, «The Family Contract Game», (1974) 23 *The Family Coordinator* 269.

<sup>128</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, pp. 283-284 et pp. 445-447.



«This section deals with monetary damages because the courts have traditionally refused to enforce "specific performance" provisions (that is, provisions for specific behaviors) in interpersonal contracts.»<sup>129</sup>

Si les conjoints sont convaincus du bien-fondé de cette proposition, ils leur reviendra d'en préciser les conditions et les modalités d'application. Les conjoints entendent-ils assortir chacune des dispositions d'une pénalité en cas de manquement ou souhaitent-ils plutôt en limiter l'application à certaines dispositions? Dans la deuxième hypothèse, quelles sont précisément ces dispositions?

Et quel sera le montant des pénalités? Comment, par qui et suivant quelle procédure le manquement à une obligation devra-t-il être démontré? Quelles seront les modalités du paiement? Le montant des pénalités devra-t-il être versé par le conjoint fautif à l'autre conjoint, ou sera-t-il plutôt versé dans un fond spécialement constitué et affecté à un projet familial, comme les vacances, les études des enfants ou les cadeaux de Noël? Une partie du fond, ou même la totalité, pourrait-elle être versée à la fin de l'année à une oeuvre de charité?

Nous souscrivons à l'établissement de «pénalités» seulement dans la mesure où celles-ci ne sont pas véritablement envisagées dans une perspective punitive. La pénalité peut constituer un élément

---

<sup>129</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 283.

intéressant pour stimuler les conjoints à respecter la volonté exprimée, mais elle ne devrait pas être perçue comme une force coercitive, garantissant d'elle-même l'exécution des engagements. Ainsi, le montant de toute pénalité devrait être strictement symbolique. De plus, le versement de la somme devrait demeurer volontaire. Si les conjoints conçoivent la pénalité comme une véritable compensation destinée à réparer le manquement à une disposition qui n'a pas réellement vocation à être sanctionnée, ils risquent fort bien d'en dénaturer l'esprit.

#### **L. La procédure de résolution de problèmes**

Dans le tourbillon de la vie quotidienne, les conjoints sont continuellement confrontés à certaines situations problématiques. La plupart des problèmes se règlent facilement, sans trop de conséquences. Cependant, certains problèmes mal gérés peuvent parfois dégénérer en différend, voire même en conflit.

Aussi, les conjoints pourraient-ils vouloir établir, dans le contrat conjugal, le cadre à l'intérieur duquel les problèmes mineurs et les différends plus sérieux devront être traités<sup>130</sup>. Au-delà du cadre

---

<sup>130</sup> Lenore J. WEITZMAN, *The Marriage Contract: Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981, p. 285 et pp. 445-447. Voir également Marjorie MAGUIRE SHULTZ, «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204, 223 et Evita M. ROCHE, «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans Evita M. ROCHE et David C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81, à la page 121 et à la page 115 et suiv. Voir également Keith MELVILLE et Suzanne KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988, p. 177.

général, ils pourraient également en préciser les modalités applicables.

D'abord, les conjoints entendent-ils se réserver une plage-horaire spécifique pour discuter périodiquement des problèmes relevés par chacun? Si non, de quelle façon les conjoints devront-ils faire valoir leur insatisfaction? Y aura-t-il certaines procédures à suivre?

Dans l'affirmative, quelle sera la plage-horaire réservée au règlement des problèmes et quelle en sera la périodicité? Où se tiendra l'échange périodique des conjoints? Le dimanche soir à la maison après le coucher des enfants ou plutôt le vendredi soir au restaurant?

Les enfants pourraient-ils être intégrés à la démarche s'ils ont des prétentions à faire valoir ou s'ils sont eux-mêmes à la source du problème? Y aura-t-il une procédure formelle à suivre ou l'échange entre les personnes concernées se déroulera-t-il plutôt dans un contexte informel<sup>131</sup>?

Si les conjoints ne parviennent pas d'eux-mêmes à régler le problème qui les oppose, entendent-ils demander la conciliation ou la médiation d'un ami, d'un parent ou d'un professionnel? Si oui, de qui s'agira-il précisément? S'il y a des frais, qui les assumera? Si

---

<sup>131</sup> Voir par exemple la procédure de résolution de problème proposée dans Elaine A. BLECHMAN, «The Family Contract Game», (1974) 23 *The Family Coordinator* 269.

la conciliation échoue, de quelle façon les conjoints entendent-ils trancher le litige? L'arbitrage est-il envisageable? Si oui, suivant quelles modalités?

Bien qu'il puisse sembler étonnant de prévoir une procédure explicite de résolution des différends susceptibles de se produire entre les conjoints, on doit noter qu'aux États-Unis, certains formulaires de contrats pré-nuptiaux de type «do it yourself» propose une procédure de résolution fort élaborée comportant six stades différents<sup>132</sup>. Il nous semble intéressant d'en faire brièvement l'exposé.

Le premier stade est intitulé «discomfort level» et prévoit l'obligation pour les conjoints de s'informer mutuellement et sans délai<sup>133</sup> de tout problème particulier lié au comportement de l'un d'eux. Une fois informé, le conjoint à l'origine du problème devra en discuter ouvertement, de sorte à ce qu'une solution puisse être apportée à la satisfaction des deux conjoints. Dans le cadre de la discussion, les deux conjoints doivent éviter de s'adresser des blâmes ou des reproches. L'objet des pourparlers n'est pas de trouver un coupable, mais une solution.

---

<sup>132</sup> Voir *Pre-Nuptial Agreement Kit - Pre-Marriage Agreement*, produit en 1991 par la firme LawForms et rédigé par son président, Monsieur John F. Goodson. La procédure en question est prévue à la clause 5 du formulaire intitulé «Uniform Agreement Establishing Procedures for Settling Disputes».

<sup>133</sup> Plus particulièrement, le problème doit être porté à la connaissance de l'autre «[...] within 24 hours of the first realization of discomfort.» : voir la clause 5(a).

Dans la mesure où les discussions précédentes n'auraient pas permis de régler le problème, le contrat prévoit un second stade, intitulé «notice of default». Le conjoint insatisfait du comportement de l'autre doit expédier à ce dernier un avis écrit identifiant précisément le problème en cause, indiquant les ajustements qui lui semblent appropriés pour le solutionner; établissant le délai à l'intérieur duquel les ajustements devraient être apportés et spécifiant une période de temps pendant laquelle les parties pourront discuter de nouveau du problème et des ajustements souhaités.

Si le problème n'est pas solutionné dans l'intervalle prévu, un troisième stade intitulé «informal negotiation» est envisagé. Le conjoint insatisfait devra adresser à l'autre un avis écrit réclamant la tenue d'une séance de négociation informelle de deux heures. Durant la période de négociation, les conjoints devront être seuls et prendre la parole à tour de rôle pour exposer leur point de vue respectif. Le cas échéant, ils devront transcrire par écrit la solution retenue.

À défaut de solution, on passera au quatrième stade intitulé «informal mediation». Les parties devront alors désigner un médiateur, soit parmi les membres de leur famille respective, soit à l'extérieur de leur famille<sup>134</sup>. La médiation devra se poursuivre sur

---

<sup>134</sup> Plus précisément, le contrat prévoit que le médiateur devrait être un membre de la famille ou un ami respecté des deux conjoints si le problème est d'origine familiale ou personnelle. S'il s'agit plutôt d'un problème relié aux affaires financières des conjoints, le

une période de deux heures. Durant la séance, les parties devront exposer leurs prétentions au médiateur. Celui-ci devra ensuite proposer une solution concrète. Si la solution apparaît satisfaisante aux deux conjoints, elle devra être établie par écrit. Sinon, les conjoints, avec le médiateur, devront circonscrire le problème et exprimer par écrit leur position respective. On se dirigera alors vers le cinquième stade.

Ce cinquième stade, intitulé «formal mediation» prévoit l'obligation pour les deux conjoints et le médiateur de procéder à la désignation de trois autres médiateurs, dont un psychologue<sup>135</sup>. Le formulaire indique que le recours au service d'un psychologue se justifie par la nature particulièrement émotive des problèmes conjugaux. Aux termes de la séance, on consignera par écrit la solution retenue, ou à défaut, on dressera un rapport circonscrivant le problème non réglé et les positions respectives des conjoints.

Le sixième et dernier stade prévoit l'arbitrage («arbitration»). Les conjoints toujours en opposition devront procéder à la désignation d'un ou trois arbitres. En cas de mésentente, chaque conjoint devra nommer un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés devront procéder à la désignation du troisième. Le rapport rédigé à l'étape précédente devra être transmis aux arbitres, accompagné d'un

---

médiateur devrait être un expert.

<sup>135</sup> En cas de désaccord sur le choix des médiateurs, chaque conjoint doit en nommer un et les deux médiateurs ainsi nommés doivent ensuite procéder à la nomination du troisième.

rapport des médiateurs. L'arbitrage devra suivre la procédure prévue par l'*American Arbitration Association* ou toute autre procédure choisie par les conjoints. La décision arbitrale devra être délivrée par écrit et aura le même effet que toute autre décision arbitrale.

Dans la mesure où un conjoint refuserait de se soumettre à la procédure prévue par le contrat, l'autre pourra référer directement le problème à l'arbitrage<sup>136</sup>. À défaut pour le conjoint réfractaire de vouloir coopérer, l'autre pourra s'adresser au tribunal et lui demander de procéder lui-même à la désignation des arbitres et d'ordonner l'arbitrage.

Accessoirement, le contrat prévoit la possibilité pour chacun des conjoints de procéder à l'enregistrement des séances de négociation, de médiation et d'arbitrage. En outre, tous les avis et rapports émis durant les différents stades devront être conservés dans un livre officiel, de manière à pouvoir être consultés dans le futur. Des clauses sont également prévues relativement au partage des frais et honoraires des médiateurs et des arbitres.

Évidemment, on peut demeurer sceptique devant l'utilité ou la pertinence d'un tel processus. Le caractère étroit et intime de la relation conjugale justifie-t-il vraiment l'établissement d'une procédure aussi formelle et structurée? Les conjoints ne sont-ils

---

<sup>136</sup> Chacun devra alors nommer un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés procéderont à la nomination d'un troisième.

pas en mesure de solutionner les conflits qui les opposent de manière un peu plus spontanée, sans s'enfermer dans un cadre à ce point balisé?

À notre avis, il n'est pas déraisonnable de prévoir un certain formalisme pour les problèmes dont la nature et l'importance sont susceptibles de compromettre à plus ou moins long terme la relation conjugale. À cet égard, la négociation et la médiation paraissent appropriées. La souplesse qui les caractérise nous semble adaptée à la dynamique conjugale.

Cela dit, la procédure ci-haut décrite comporte des modalités dérangeantes. Pensons simplement aux avis écrits, aux délais prescrits, à la procédure de nomination des médiateurs et à l'enregistrement des discussions. Nous avons précédemment établi que le contrat en soi n'est pas incompatible avec la confiance, mais qu'une utilisation excessive du processus contractuel peut contribuer à faire naître des impressions négatives et éventuellement, miner le climat de confiance. Or, la spécificité du formulaire semble franchir le seuil critique. À notre avis, ces modalités teintent tout le processus d'une couleur qui ne convient pas aux relations interpersonnelles et qui les dramatisent inutilement.

En outre, l'arbitrage nous paraît tout aussi inapproprié que la sanction judiciaire pour solutionner un problème conjugal *durant* la



vie commune. Nous ne croyons pas à la viabilité d'une relation dont les membres ne parviennent pas à solutionner un différend d'eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'un facilitateur. Un tel degré de mésentente nous porte à croire que la relation est objectivement compromise.

Certes, chaque couple pourra établir les procédures de résolution des différends qui lui convient et mesurer le niveau de spécificité que la confiance qui cimente leur relation est capable de supporter. Toutefois, si l'idée de mettre en place quelque procédure que ce soit lui répugne à un point tel qu'elle constituera en elle-même une source de conflit, mieux voudra alors abandonner l'idée et établir, dans le contrat conjugal, le désir des conjoints de procéder informellement à la résolution de tout différend, sans plus.

### **Conclusion du chapitre**

L'élaboration du contrat conjugal suppose un élargissement considérable du rôle actuellement assigné au notaire en matière de conventions matrimoniales. S'il semble toujours le professionnel le mieux outillé pour y procéder, le notaire ne saurait toutefois se cantonner dans son rôle traditionnel.

Soit, le notaire continuera d'orienter les conjoints par rapport à la loi, en leur fournissant l'information juridique nécessaire à l'exercice des options qui s'offrent à eux. Il lui incombera toujours

d'évaluer les effets de la loi sur les volontés exprimées et d'en assurer, le cas échéant, toute l'efficacité requise.

Au-delà de la loi, le notaire devra toutefois s'intéresser aux autres ordres normatifs applicables à la relation conjugale. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra adéquatement répondre aux besoins de régulation des conjoints. En somme, le notaire devra assurer l'interface entre la loi et les autres systèmes normatifs. Plutôt que d'être l'agent du législateur, il devra se poser en courtier du pluralisme juridique.

Il lui faudra également raffermir sa culture de la multidisciplinarité. La relation conjugale étant pluridimensionnelle, le notaire ne pourra adéquatement comprendre et traduire les besoins normatifs des conjoints que s'il est en mesure d'en saisir les différentes facettes. À l'image de la médiation familiale, l'élaboration du contrat conjugal suppose indéniablement l'intégration de certaines habiletés de base en matière psychologique et sociologique.

En adoptant une conception pluraliste du droit et de la normativité et en s'ouvrant à la multidisciplinarité au sens où nous l'entendons, le notaire développera une pratique «réflexive». Il sera amené à aborder la relation conjugale tel un champ d'expérimentation. La «conversation réflexive» qu'il entreprendra avec la situation et les conjoints lui permettra de comprendre la relation conjugale et de

restructurer son intervention en fonction des besoins normatifs exprimés et décelés.

D'ailleurs, le cadre et les éléments de la planification contractuelle de la relation conjugale, en illustrant concrètement les différents aspects du mariage susceptibles d'être organisés à travers le contrat conjugal, auront permis, nous l'espérons, de visualiser la nature de l'encadrement professionnel requis et incidemment, de réaliser en quoi l'intervention du notaire devra faire l'objet d'importants ajustements.

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**

Le régime juridique du mariage établi par le législateur québécois est-il adapté aux valeurs conjugales contemporaines? Voilà la première des questions que nous avons soulevées en introduction. À notre avis, les développements présentés dans la présente thèse permettent d'y répondre par la négative.

La relation conjugale a grandement évolué au cours des dernières décennies. Le mariage en soi ne définit plus les rôles conjugaux et les objectifs à réaliser. Il n'est plus l'institution rigide strictement délimitée par la religion, la communauté et la famille. Le mariage s'est démocratisé, libéralisé et privatisé. On se marie aujourd'hui, non pas pour réaliser une fin sociale, mais pour s'épanouir. Parce qu'on est convaincu qu'un tel mode de vie nous apportera le bonheur auquel on prétend tous.

En corollaire, le moule matrimonial qu'on connaissait jadis a fait place à une pluralité de modèles. Les couples sont désormais libres de définir leurs propres objectifs, dans un esprit d'égalité et d'autonomie, en fonction des attentes particulières qu'entretient chacun de leurs membres. Du couple avec ou sans enfant, au couple à

double carrière en passant par les familles reconstituées, les modèles conjugaux sont aujourd'hui multiples et diversifiés.

Or, en assujettissant l'ensemble des gens mariés à un régime juridique uniforme où la liberté contractuelle est réduite à un espace de plus en plus limité, l'État impose sa propre conception du mariage et par le fait même, confronte la diversité des profils conjugaux qu'autorisent les nouvelles valeurs du couple.

En l'absence d'un consensus largement partagé, il nous apparaît illégitime d'enfermer les conjoints à l'intérieur d'un ordre établi qui ne correspond pas nécessairement à leurs attentes spécifiques et qui, manifestement, ne leur procure pas la stabilité qu'on peut attendre d'une régulation adéquate.

Le contrat pourrait-il constituer une alternative mieux adaptée à la nouvelle réalité conjugale? À cette deuxième question adressée en introduction, nous répondons clairement oui.

Comme nous avons tenté de le démontrer, le contrat, en tant que mode de régulation privée et explicite, permettrait d'apporter les ajustements susceptibles de bien refléter la diversité des modèles conjugaux. Certes, le contrat n'aurait pas pour seule vocation d'occuper l'espace laissé vacant par l'abrogation du régime primaire ou de certaines de ses dispositions. Il serait davantage question d'un cadre de régulation capable de répondre à l'ensemble des besoins

normatifs des conjoints, quel que soit le registre dans lequel s'articulent ces besoins. Ainsi, au-delà de toute limite législative, le modèle contractuel proposé pourrait permettre d'intégrer certaines dimensions du mariage traditionnellement laissées au domaine de la régulation implicite. Le contrat conjugal que nous préconisons ne serait donc pas qu'une version revue et corrigée du contrat de mariage au sens où le conçoit la doctrine classique, mais une véritable charte de vie commune aspirant à devenir le cadre normatif pluridimensionnel du mariage.

Plus que jamais, les nouveaux couples présentent des traits et des caractéristiques qui les rapprochent de la rationalité contractuelle. Le mariage contemporain réunit deux partenaires, juridiquement et institutionnellement égaux et autonomes, qui cherchent à maximiser leur satisfaction personnelle à travers leur relation. Pour parvenir à concilier leurs intérêts divergents, les couples négocient et, selon toute vraisemblance, communiquent de plus en plus ouvertement et explicitement. Bien qu'il puisse sembler étonnant de parler de négociation dans le cadre d'une relation aussi intime que la relation conjugale, nous avons vu qu'aujourd'hui, la négociation constitue un processus privilégié pour en organiser les différents aspects.

Et qui dit négociation dit échange. Comme toute autre interaction humaine, le mariage repose effectivement sur une logique d'échange. Si, au nom de l'idéal amoureux, on s'est longtemps refusé de voir dans le mariage autre chose qu'une relation de dons à l'état pur, on

reconnait aujourd'hui la dynamique de réciprocité potentielle qui sous-tend les rapports conjugaux.

Par ailleurs, persister à présenter le processus contractuel et la conjugalité sous l'angle de l'antinomie traduit une conception extrêmement restrictive du contrat. Pour autant qu'on s'affranchisse des limites conceptuelles que nous impose la théorie classique, le processus contractuel ne confronte aucunement l'esprit du mariage. Le contrat n'est pas nécessairement le cadre froid, rigide et inflexible, préparé par un juriste menaçant et intransigeant, qui, dans le but de procurer à la partie qu'il représente un recours judiciaire efficace en cas de manquement aux obligations stipulées, cherche à baliser dans le fin détail une relation où la confiance fait cruellement défaut.

L'analyse des nouvelles théories contractuelles nous aura permis de constater que le contrat peut également s'avérer un instrument de communication, d'organisation et de planification flexible et évolutif, principalement utilisé dans le but de consolider une relation que les partenaires souhaitent durable et profitable. Le processus contractuel procure l'occasion d'exprimer clairement les attentes mutuellement entretenues par les partenaires, d'en mesurer la compatibilité et de les traduire sous forme d'engagements réciproques. En somme, par le contrat, les parties se donnent la possibilité d'instituer explicitement un cadre normatif ajusté à leurs attentes spécifiques et à la réalité évolutive de leur relation.

Dans une telle perspective, contrat et conjugalité ne peuvent plus être systématiquement opposés. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'on cherche à rationaliser l'organisation de la relation conjugale qu'on en minera nécessairement les fondements. Au contraire, comme l'écrit la sociologue Renée B. Dandurand, ce qui rend le mariage instable, c'est plutôt l'illusion que l'amour peut venir à bout de toutes les difficultés de la vie<sup>1</sup>.

Certes, prôner la régulation contractuelle de la relation conjugale n'équivaut pas à rejeter toute forme de contrôle législatif du mariage, ni à défendre, au seul nom de la liberté, un retour aux valeurs du libéralisme classique. Dans la mesure où il participe de la stabilité de la société, le mariage ne saurait être une affaire purement privée<sup>2</sup>. L'État y conservera toujours un intérêt certain. Cependant, l'intérêt de l'État dans le mariage ne passe pas nécessairement par l'établissement du contenu obligationnel de la relation conjugale, comme c'est principalement le cas au moment présent.

---

<sup>1</sup> Renée B. DANDURAND, «Introduction : La vie familiale en transformation», dans Renée B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 12. Dans le même sens Carmen Sansregret écrit : «[a]insi, il apparaît important de faire la différence entre le mariage qui comprend l'ensemble d'une vie conjugale et l'amour qui, pour en être le pivot central, n'en demeure pas moins qu'une partie» : Carmen SANSREGRET-SCOTT, *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973, p. 64.

<sup>2</sup> «Le mariage ne peut être qu'une affaire publique car il établit une relation nouvelle d'alliance; il est fondateur d'une nouvelle cellule sociale, créateur d'une famille, l'ensemble des familles constituant la société» : Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 82.



Selon le juriste allemand Helmut Willke, le législateur peut se servir du droit de différentes façons pour structurer les mouvements sociaux<sup>3</sup>. Plutôt que d'imposer sa propre rationalité, en adoptant des normes générales et obligatoires visant à contrôler et à diriger les interactions sociales<sup>4</sup>, l'État peut procéder par voie de «guidage sociétal»<sup>5</sup>.

Le guidage sociétal correspond au processus par lequel l'État élabore, en concertation avec les autres acteurs sociaux, des schémas et des procédures traduisant un minimum d'orientation commune, pour ensuite déléguer à ces mêmes acteurs sociaux le soin de moduler, conformément à ces schémas et procédures, leurs propres règles de fonctionnement. Il ne s'agit donc plus d'imposer aux acteurs un contenu obligationnel, mais de leur fournir le contenant à travers lequel ils pourront eux-mêmes, à certaines conditions préalablement déterminées, établir leurs normes de conduite. Le guidage sociétal favorise donc l'ordre social par l'autoresponsabilisation<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Helmut WILLKE, «Diriger la société par le droit», (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 189.

<sup>4</sup> Willke nomme «planification» cette façon d'organiser les interactions : Helmut WILLKE, «Diriger la société par le droit», (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 189, 192 et 198-201.

<sup>5</sup> Helmut WILLKE, «Diriger la société par le droit», (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 189, 192 et 201 et suiv.

<sup>6</sup> Helmut WILLKE, «Diriger la société par le droit», (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 189, 193.

Selon Willke, le guidage sociétal représente une solution optimale puisqu'il réalise un bon équilibre des pouvoirs dans la société : il permet à l'État de jouer un rôle actif, tout en restituant des zones d'indépendance et d'autonomie. Le droit prescrit les schémas, tout en laissant aux acteurs le soin de les aménager en fonction de leurs attentes spécifiques. Dans ces conditions, comme l'explique Willke, on peut atteindre un niveau de rationalité permettant à la fois une stabilité de forme et une flexibilité de contenu<sup>7</sup>.

L'économie générale à la base du droit des régimes matrimoniaux constitue un bel exemple de guidage sociétal. Sous réserve des dispositions relatives au patrimoine familial et des considérations d'ordre public, le législateur permet aux conjoints, par contrat de mariage passé devant notaire, de choisir le régime qui leur convient, tout en prévoyant un régime supplétif pour ceux qui ne se prévalent pas d'une telle possibilité.

En somme, le législateur n'impose pas le régime matrimonial en tant que tel, mais prescrit le schéma ou la procédure applicable à l'exercice des choix et des options correspondant aux besoins spécifiques des personnes concernées. Il va sans dire qu'en exigeant la présence d'un notaire, juriste impartial chargé de recevoir des consentements libres et éclairés, l'État impose une procédure formelle dont l'objectif premier est d'assurer une certaine stabilité

---

<sup>7</sup> Helmut WILLKE. «Diriger la société par le droit». (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 189, 204.

aux accords intervenus.

À notre avis, le droit matrimonial dans son ensemble pourrait être élaboré sur la base de ce modèle. Ainsi, le législateur pourrait laisser aux conjoints la possibilité d'établir par contrat leur propre cadre normatif, tant au plan des rapports personnels que patrimoniaux, tout en prévoyant un régime juridique supplétif pour les couples qui ne se seraient pas prévalus d'une telle possibilité. De cette façon, l'État interviendrait non pas pour dicter impérativement le contenu obligationnel du mariage, mais pour procurer un encadrement législatif aux choix exprimés<sup>8</sup>.

Cela dit, le modèle contractuel proposé n'exige pas qu'une redéfinition du rôle de l'État en matière matrimoniale. Comme nous avons tenté de le démontrer, il nécessiterait également l'adoption d'une approche pluraliste du droit ou, en d'autres termes, un élargissement considérable de la conception que l'on entretient généralement du droit et de la normativité contractuelle. Dans la perspective pluraliste, le droit ne se limite pas aux seules normes édictées ou reconnues par l'État et dont le manquement est susceptible d'entraîner une sanction judiciaire. Le droit renvoie à une multitude d'ordres normatifs, formalisés ou non, auxquels le contrat participe en tant qu'instrument normatif autonome.

---

<sup>8</sup> Voir d'ailleurs Pierre NOREAU, «Notions juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire? - Le cas du droit de la famille», (1999) 33 *R.J.T.* 307. 323-324.

Ainsi, la valeur régulatrice de certaines dimensions du contrat conjugal relèverait d'un autre ordre normatif que celui à partir duquel la théorie classique aborde traditionnellement l'obligation contractuelle. Plusieurs des engagements conjugaux appartiendraient au domaine de l'obligation morale ou du pacte d'honneur et n'auraient normalement pas vocation à être sanctionnés par les tribunaux.

Certes, on aura pu constater qu'un tel élargissement des conceptions du droit et de la normativité contractuelle n'est nullement reflété dans la pratique professionnelle du contrat de mariage classique. Dans l'état actuel des choses, le notaire qui rédige un contrat de mariage au bénéfice de conjoints le fait dans une perspective essentiellement moniste. Autrement dit, le contrat de mariage est bâti en référence au seul droit étatique.

C'est pourquoi nous avons cru bon insister sur l'encadrement professionnel que pourrait nécessiter le modèle contractuel proposé. Plutôt que de se concevoir exclusivement comme un spécialiste de la loi, le notaire appelé à rédiger le contrat se devrait d'élargir sa conception de la normativité et partant, de se montrer sensible à l'ensemble des besoins de régulation des couples, quel que soit le registre normatif auquel ils appartiennent.

Comme nous l'avons mentionné, le notaire devrait incidemment développer sa culture de la multidisciplinarité. Non pas en requérant

l'intervention complémentaire d'autres spécialistes, mais en intégrant certaines habilités de base en matière psycho-sociale. Si, en principe, les fonctions que remplit le contrat de mariage classique n'exigent du notaire qu'une expertise légale, le modèle contractuel que nous suggérons nécessite une compréhension plus globale de la relation conjugale. À l'image de la médiation familiale où le notaire n'aborde pas le couple sous l'angle exclusif du droit étatique, mais avec une perspective multidimensionnelle, l'élaboration du cadre normatif d'une relation intime suppose le déploiement d'habilités complémentaires aptes à fournir une vision plus complète des besoins de régulation du couple.

Au-delà des arguments théoriques présentés dans cette thèse, on peut à bon droit s'interroger sur l'accueil que réserveront les couples, les notaires et l'ensemble de la communauté juridique au modèle contractuel proposé. Comme on l'aura constaté, la thèse ne comporte, à cet égard, aucune donnée empirique. Nous présumons cependant qu'elle suscitera beaucoup de scepticisme chez certains, voire même une ferme opposition. La conception traditionnelle du mariage profondément ancrée dans les mentalités et l'image rébarbative que reflète le contrat de la théorie classique en amèneront plusieurs à considérer notre proposition déraisonnable ou illusoire. Mais au-delà de toute anticipation, il serait intéressant de pouvoir éventuellement disposer d'informations statistiques et autres sur les aspirations des couples et leur propension plus ou moins forte à concevoir le contrat comme un instrument de

régulation approprié à leur relation.

Quoiqu'il en soit, nous demeurons convaincus que la rationalité contractuelle du mariage s'imposera graduellement comme une option réaliste et socialement légitime. Les conceptions traditionnelles qui fondent la plupart des objections et des réticences subiront, comme le reste des choses, l'usure du temps. À notre avis, la pluralité des modèles matrimoniaux, conjuguée aux valeurs d'égalité, d'autonomie et de liberté chères au mariage contemporain nous amèneront à plus ou moins long terme à concevoir le rapport entre contrat et conjugalité, non plus sous l'angle de l'antinomie, mais sous celui de la complémentarité.

# TABLE DE LA LÉGISLATION

## **Textes fédéraux**

*Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, c. 24

*Loi concernant l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2

*Loi concernant le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8

*Loi sur la faillite*, L.R.C. 1985, c. B-3

*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.)

## **Textes québécois**

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12

*Loi concernant le registre central des régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 78

*Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77

*Loi de l'impôt provincial sur le revenu*, S.Q. 1954, c. 17

*Loi des établissements industriels et commerciaux*, S.R.Q. 1941, c. 175

*Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

*Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1969, c. 74

*Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72

*Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55

*Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1998, c. 51

*Règlement sur les conditions de l'accréditation des notaires en matière d'ouverture ou de révision d'un régime de protection et de mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude*, (1999) 131 G.O. II, 143

*Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile relativement aux droits civils de la femme*, S.Q. 1930-31, c. 101

*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57

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

*Loi sur le ministère de la justice*, L.R.Q. c. M-19

*Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2

*Code de déontologie des notaires*, R.R.Q. 1981, c. N-2, r. 3

*Loi sur les accidents du travail*, S.R.Q. 1941, c. 160

*Loi sur les prêts et bourses*, L.R.Q., c. P-21

*Règlement sur la médiation familiale*, R.R.Q., 1981, c. C-25, r. 2.1



## **TABLE DES JUGEMENTS**

### **Jurisprudence canadienne**

*Allard c. Legault*, [1945] C.S. 287

*Anglos c. Rochon*, [1977] C.A. 304

*Arsenault c. Huile Laurentide Cie Ltée*, [1949] C.S. 349

*Arthur c. Baillargeon*, (1919) 55 C.S. 360

*Bank of Hamilton c. Rosenthal*, [1922] 28 R.L.n.s. 37 (C.S.)

*Bank of Montreal c. Besner et Dame Gross*, (1927) 43 B.R. 148

*Banque de Toronto c. Perkins*, (1879) 9 R.L. 562

*Beaumont-Butcher c. Butcher*, [1982] C.S. 893

*Bourget c. Fontaine*, C.S. Laval, no. 450-001326-923, 22 septembre 1999, j. Paul Trudeau

*Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420

*Brunelle c. Bourdeau*, [1948] C.S. 427

*Buchanann c. O'Brien et Price*, (1900) 18 C.S. 343

*Canadian Pacific Railway Co. c. Dame Kelly*, [1952] 1 R.C.S. 521

*Cantin c. Comeau*, [1972] C.A. 523 567

*Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892

*Champagne c. Gougeon*, (1939) 77 C.S. 76

*Chaput c. Crépeau*, [1917] 52 C.S. 443

*Cléroux c. Cléroux*, [1946] C.S. 198

*Coupal c. Piché*, [1945] R.L.n.s. 453 (C.S.)

*Dame Legault c. Bourque*, (1870) 15 L.C.J. 72 (C.S.)

*Dame Lefebvre et autres c. Cartierville Lumber et autres*, [1955] B.R. 474

*Dame Tremblay c. Chartrand*, [1957] B.R. 456

*Dame Tremblay c. Chartrand*, [1958] S.C.R. 99

*Dame Boisseau-Picher c. Turgeon*, [1938] 65 B.R. 87

*Dame Boivin c. Larue et Gilbert*, (1925) 39 B.R. 87

*Déry et vir c. Paradis*, (1901) 10 B.R. 227

*Desrosiers c. Desrosiers*, [1972] C.S. 503

*Droit de la famille-7*, [1984] C.A. 350

*Droit de la famille-67*, [1985] C.A. 135

*Droit de la famille-71*, [1984] C.A. 374

*Droit de la famille-144*, [1987] R.J.Q. 253 (C.A.)

*Droit de la famille-167*, [1984] C.S. 1047

- Droit de la famille-186*, [1985] C.A. 114
- Droit de la famille-387*, [1987] R.J.Q. 1808 (C.S.)
- Droit de la famille-443*, [1988] R.J.Q. 323 (C.A.)
- Droit de la famille-929*, [1991] R.D.F. 17 (C.A.)
- Droit de la famille-949*, [1991] R.J.Q. 779 (C.S.)
- Droit de la famille-954*, [1991] R.J.Q. 784 (C.S.)
- Droit de la famille-954*, [1992] R.D.F. 156 (C.A.)
- Droit de la famille-977*, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.)
- Droit de la famille-980*, [1991] R.J.Q. 1104 (C.S.)
- Droit de la famille-1128*, [1987] R.D.F. 485 (C.S.)
- Droit de la famille-1219*, [1989] R.D.F. 112 (C.S.)
- Droit de la famille-1355*, [1990] R.D.F. 598 (C.S.)
- Droit de la famille-1411*, [1991] R.J.Q.1889 (C.S.)
- Droit de la famille-1429*, [1991] R.D.F. 423 (C.S.)
- Droit de la famille-1457*, [1991] R.D.F. 655 (C.S.)
- Droit de la famille-1463*, [1991] R.J.Q. 2514 (C.A.)
- Droit de la famille-1560*, [1992] R.D.F. 186 (C.S.)
- Droit de la famille-1566*, [1992] R.D.F. 222 (C.A.)
- Droit de la famille-1601*, [1992] R.D.F. 346 (C.A.)

- Droit de la famille-1636*, [1992] R.D.F. 600 (C.S.)
- Droit de la famille-1664*, [1992] R.J.Q. 2508 (C.S.)
- Droit de la famille-1739*, [1993] R.J.Q. 663 (C.A.)
- Droit de la famille-1769*, [1993] R.J.Q. 873 (C.S.)
- Droit de la famille-1978*, [1994] R.D.F. 343 (C.S.)
- Droit de la famille-1978*, [1995] R.D.F. 389 (C.A.)
- Droit de la famille-2084*, [1994] R.D.F. 72 (C.S.)
- Droit de la famille-2161*, [1995] R.D.F. 237 (C.S.)
- Droit de la famille-2249*, [1995] R.J.Q. 2066 (C.A.)
- Droit de la famille-2254*, [1995] R.D.F. 556 (C.S.)
- Droit de la famille-2360*, [1996] R.D.F. 235 (C.S.)
- Droit de la famille-2452*, [1996] R.D.F. 466 (C.A.)
- Droit de la famille-2537*, [1996] R.D.F. 735 (C.A.)
- Droit de la famille-2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.)
- Droit de la famille-3111*, [1998] R.D.F. 666 (C.S.)
- Droit de la famille-3121*, J.E. 98-2089 (C.S.)
- Droit de la famille-3181*, [1999] R.D.F. 20 (C.S.)
- Droit de la famille-3258*, [1999] R.J.Q. 643 (C.A.)
- Droit de la famille-3384*, [1999] R.D.F. 666 (C.S.)

- Dubois c. Papineau*, [1976] C.S. 50
- Dubuc (Succession de) c. Sévigny*, J.E. 2000-17 (C.A.)
- Dufort c. Dufort*, (1925) 39 B.R. 56
- Fine (Succession de) c. Bordo*, [1998] R.J.Q. 1823 (C.S.)
- Fleury c. Deserres*, [1975] C.S. 733
- Fonderie de Plessisville c. Dubord*, (1899) 17 R.L. 499 (B.R.)
- Gagnon et vir*, (1915) 16 R.P. 204 (C.S.)
- Gauthier c. Dragon*, [1957] C.S. 89
- Gendron c. Gaudreault*, [1978] 1 R.C.S. 810
- Gollor c. Chazan*, C.A. Montréal 500-09-000275-768, le 22 février 1978
- Guertin c. Brunet*, (1918) 27 B.R. 123
- Hogue et Dupuy c. Dame Cousineau et la Société de Construction de Montarville*, (1879) 23 L.C.J. 276 (C.S.)
- Hopkinson c. Royal Trust Co.*, [1996] R.J.Q. 728 (C.S.)
- Irvine c. Lefebvre*, (1893) 4 C.S. 75
- Jauron c. Dorais*, [1973] C.S. 599
- Joubert c. Turcotte*, (1917) 51 C.S. 152
- Jourdain c. Bradette*, [1968] B.R. 604
- Kasner c. Becker*, [1967] B.R. 677

- Kemsies c. Field*, [1946] C.S. 232
- Khazzam c. Garson*, (1969) B.R. 157
- Kowbel c. La Reine*, [1954] R.C.S. 498
- Lacombe c. D'Avril*, [1983] C.S. 592
- Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259
- Lakatos c. Sary*, J.E. 92-6 (C.S.)
- Langlais c. Exama*, [1981] R.L. 13 (C.S.)
- Lapierre c. Trottier*, [1970] R.P. 309 (C.S.)
- Larivière c. Gauthier et vir*, (1921) 59 C.S. 420
- Legault c. Laliberté*, [1951] C.S. 232
- Leroux c. Robert*, [1948] R.L.n.s. 513 (C.S.)
- Leroy c. Robert*, [1949] R.P. 225 (C.S.)
- L.G. c. G.B.*, [1995] 2 R.C.S. 270
- Lizotte c. Tourigny*, [1963] C.S. 488
- Lonergan c. Girard*, (1929) 67 C.S. 88
- M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183
- Marceau c. Tassé*, (1918) 53 C.S. 425
- Marchand c. Trakas et Dame Preden*, (1919) 55 C.S. 543
- Martin c. Prévost*, [1971] C.A. 39

*Mc Laren c. The Merchants Bank of Canada*, [1893] 2 B.R. 431

*Meunier et autres c. Les héritiers de Dame Dubois et la Société Saint-Jean-Baptiste, mise en cause* [1954] B.R. 767

*Minotti c. Malyk*, [1979] C.S. 410

*Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813

*Montmigny c. Bergeron*, [1978] C.A. 371

*Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423

*N. c. H.*, [1969] B.R. 348

*Nadeau c. Provost et autres*, (1917) 52 C.S. 387

*Pauzé c. Grothé*, (1940) 78 C.S. 519

*Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801

*Prévost c. Aubin et Juteau*, (1931) 69 C.S. 354

*Proulx c. Proulx*, (1909) 10 R.P. 131 (C.S.)

*Reford c. National Trust Company et al.*, (1968) B.R. 689

*Richard c. Carrier*, (1940) 78 C.S. 497

*Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857

*Riddell c. Love*, [1972] C.A. 621

*Ritchie c. Sirken*, [1979] C.S. 62

*Robin Hood Mills c. Dame Silverman*, (1936) 74 C.S. 15

*Rodrigue c. Dostie*, [1927] S.C.R. 563

- Ruiz c. Bénito*, [1999] R.D.F. 68 (C.S.)
- Sardano c. Lirette-Sardano*, [1974] C.S. 176
- Savard c. Dame Letellier*, (1915) 22 R.L.n.s. 280 (C.S.)
- Silver c. Burgstaller*, (1969) C.S. 402
- Stridle c. Kempfi*, (1945) 45 R.P. 72 (C.S.)
- Tassé c. Goyer*, (1915) 47 C.S. 424
- Therrien c. Gagnon*, [1999] R.D.F. 328 (C.S.)
- Thompson Newspapers c. Canada (P.G.)*, [1998] 1 R.C.S. 877
- Treacey c. Liggett*, [1882-84] 9 S.C.R. 441
- Trudel c. Racine-Trudel*, [1977] C.A. 51
- Vaillancourt c. David*, [1945] B.R. 553
- Voligny c. Simard*, (1896) 2 R.J. 294
- Webb c. Webb*, [1984] 39 R.F.L. (2<sup>d</sup>) 113 (C.A. Ont.)
- Yagod c. Kavenko*, (1927) 33 R.J. 449 (C.S.)



**Jurisprudence américaine**

*Buettner v. Buettner*, 89 Nev. 39, 505 P. 2d 600 (1973)

*Eisenstadt c. Baird*, (1972) 405 U.S. 438

*Favrot v. Barnes*, 332 So. 2d 873, 875 (La. Ct. App. 1976)

*In Re Dawley*, 17 Cal. 3d 342, 551 P. 2d 323, 131 Cal. Rptr. 3 (1976)

*Koch c. Koch*, 232 A.2d 157 (N.J. Super. Ct App. Div. 1967)

*McGuire c. McGuire*, 157 Neb. 226, 59 N.W., 2<sup>nd</sup> 342

*Posner v. Posner*, 233 So. 2d 381 (Fla. 1970)

*Unander c. Unander*, 506 P. 2d 719 (Ore. Sup. Ct 1973)

*Volid v. Volid*, 6 Ill. App. 3d 836, 286 N.E. 2d 42 (1972)

**Jurisprudence française**

Aix, 30 janvier 1950, J.C.P. 1950 II, note J.C.

# **BIBLIOGRAPHIE**

## **Monographies et recueils**

ALBERONI, F., *Je t'aime*, traduit de l'italien par C. Ligé, Paris, Plon, 1997

ALLARD, S. et autres, *Les droits et devoirs des époux*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 5, Montréal, 1991

ANTAKI, N. N., *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Yvon Blais, 1998

BAHR, S. J., *Family Interaction*, New York, Macmillan Publishing, 1989

BATTAGLIOLA, F., «Employés et employées. Trajectoires professionnelles et familiales», dans M.-A. BARRERE et autres, *Le sexe du travail*, Grenoble, P.U.G., 1984, p. 57

BAUDOUIN, J.-L., *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993

BAUDOUIN, J.-L. et P.G. JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

BAUDOUIN, L., *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953

BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 3, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Larose et Forcel, 1893

BELLEMARE, D., *L'exercice des professions en multidisciplinarité au Québec : opportunité et recherche d'un modèle*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1984

BELLEY, J.-G., «La pratique professionnelle comme prudence politique», dans C. NÉLISSE et R. ZUNIGA (dir.), *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997, p. 4

BELLEY, J.-G., «Le contrat comme phénomène d'internormativité», dans J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 195

BELLEY, J.-G., *Résumé de la théorie du contrat relationnel de Ian R. Macneil*, Québec, mars 1995 [non publié]

BÉNABENT, A., *Droit civil : La famille*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1994

BERTEN, A., «Préface», dans J. DE MUNCK et M. VERHOEVEN, *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité*, Paris, De Boeck Université, 1997

BÉRUBÉ, L., «La médiation familiale en matière de séparation et de divorce: une nouvelle pratique à l'intersection de la relation d'aide et du droit», dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, p. 105

BEYERMAN ALSTER, K., *The Holistic Health Movement*, London, University of Alabama Press, 1989

BILLETTE, J.É., *Traité théorique et pratique de droit civil canadien, Donations et testaments*, t. 1, Montréal, Excelsior, 1933

BINETTE, S., *Régimes matrimoniaux et contrats de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 2, Montréal, 1991

BIRENBAUM, A. et E. SAGARIN, *Norms and Human Behavior*, New York, Praeger Publishers, 1976

BLACKSTONE, W., *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 2, traduit par N.M. Chompré, Paris, Bossange, 1822

BLOCH, F., M. BUISSON et J.-C. MERMET, «Dette et filiation», dans *Groupe de recherche sur la socialisation - rapport de recherche*, Lyon, C.N.R.S-Université Lumière Lyon-II, 1989, p. 21

BLOOD, R.O., «Social Change and Kinship patterns» dans R. HILL et R. KÖNIG (dir.), *Family in East and West*, Paris, Mouton, 1970, p. 189

BLOOD, R.O. et D.H. WOLFE, *Husbands and Wives : The Dynamics of Married Living*, New York, Free Press, 1960

BLOOM, A., *L'amour et l'amitié*, traduit par P. MANENT, Paris, Éditions de Fallois, 1996

BOHÉMIER, A., «Le rôle de la volonté dans la formation du mariage», dans BOUCHER, J. et A. MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale, livre du centenaire du Code civil I*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 235

BOISVERT, J., «Les familles à la recherche d'un nouvel équilibre... et le point de vue du mouvement familial», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 85

BOISVERT, J.-M., M. BEAUDRY et R. LADOUCEUR, *La perception de la vie de couple chez les jeunes adultes*, Sainte-Foy, P.U.L., 1994

BOULDING, K. E., «Réciprocité et échange : l'individu et la famille dans la société», dans A. MICHEL (dir.), *Les femmes dans la société marchande*, Paris, P.U.F., 1978, p. 21

BOURDIEU, P., *Le sens pratique*, Paris, Minuit, 1980

BOUTON, J., «Le démariage», dans J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 90.

BRAS MIRANDA, G., *La prohibition des pactes sur succession future*, Cowansville, Yvon Blais, 1999

BRAUN, F., «Malgré et avec l'amour : une entente de parentage», dans R. B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 81

BRIERE, G., *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1988

BRIERE, G., «L'épouse et l'administration des biens», dans BOUCHER J. et A. MOREL (dir.), *Le droit et la vie familiale - Livre du centenaire du Code civil (1)*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 215

BRIERE, G., «Les dispositions du Bill 10 sur les régimes matrimoniaux», dans P.-A. CRÉPEAU (dir.), *Lois nouvelles II*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 23

BRIERE, G., *Les successions*, Cowansville, Yvon Blais, 1994

BRIERE, P., «La pensée féministe sur la maternité», dans R. B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 61

BRIERLEY, J. E. C., «De la convention d'arbitrage», dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., p. 1067

BRODERICK, C. B., *Marriage and the Family*, 3<sup>e</sup> éd., New-Jersey, Prentice Hall, 1988

BRUWIER, M., «Aperçu sur l'histoire de la famille du XVII<sup>e</sup> siècle au XX<sup>e</sup> siècle», dans LEMAIRE, J., M. MOULIN et M. VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 43

BURGESS, E.W., H.J. LOCKE et M. M. THOMES, *The Family : From Institution to Companionship*, 3<sup>e</sup> éd., New York, American Book, 1960

BURR, W.R., *Theory Construction and the Sociology of the Family*, New York, Willey, 1973

CAPARROS, E., *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1991

CARBONNIER, J., *Droit civil*, 17<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, P.U.F., 1995

CARBONNIER, J., *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1992

CARBONNIER, J., «Les phénomènes d'internormativité», dans *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Répertoire du notariat Defrenois, 1995, p. 287

CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, coll. Thémis, Paris, P.U.F., 1978

CARBONNIER, J., «Terre et ciel dans le droit du mariage», dans *Études offertes à Georges Ripert, Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 325

CARON, A., «L'institution familiale : en enjeu majeur pour l'Église québécoise», dans R. B. Dandurand (dir.), *Couple et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 137

CASTELLI, M.D. et É.-O. DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, KASIRER, N. (dir.), *Dictionnaire du droit privé et de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Yvon Blais, 1999

CHAUDRON, M., «Sur les trajectoires sociales des femmes et des hommes. Stratégies familiales de reproduction et trajectoires individuelles», dans M.-A. BARRERE et autres, *Le sexe du travail*, Grenoble, P.U.G., 1984, p. 17

CHIREZ, A., *De la confiance en droit contractuel*, thèse de doctorat, Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, 1977

CIOTOLA, P., *Le sort des donations par contrat de mariage en cas de divorce ou de séparation de corps*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 7, Montréal, 1991

CIOTOLA, P., *Les donations par contrat de mariage*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit*, «Famille», Doctrine - Document 6, Montréal, 1991

CLAIRMONT, S., «L'avocat et la médiation», dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 129

COMMAILLE, J., *L'esprit sociologique des lois*, Paris, P.U.F., 1994

COMTOIS, R., *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1968

COMTOIS, R., *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964

CORDONNIER, L., «Normes de réciprocité et comportements stratégiques», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *Ce que donner veut dire*, no 1, Paris, Édition de la Découverte, 1993, p. 139

CORNU, G., *Droit civil - La famille*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1991

CORNU, G., *Droit civil - La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1994

CORNU, G., *Les régimes matrimoniaux*, Paris, P.U.F., 1981

COTÉ, M., *Participation du père aux tâches familiales et développement de l'identité sexuelle du jeune garçon*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1986

CREFF, G., «Les contrats de la famille», dans L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Paris, Économica, 1987, p. 245

CRETE, F., «Le notaire et la médiation familiale», dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 145

CROMWELL, R. E. et D. H. OLSON, «Power in Families», dans R. E. CROMWELL et D. H. OLSON (dir.), *Power in Families*, New York, Halsted Press, 1975, p. 3

CROMWELL, R. E. et D. H. OLSON, «Multidisciplinary Perspectives of Power», dans R. E. CROMWELL et D. H. OLSON (dir.), *Power in Families*, New York, Halsted Press, 1975, p. 15

CROMWELL, T. A., «Judicial Notice of Fact», mai 2000, (texte inédit)

DANDURAND, R. B., «Introduction : La vie familiale en transformation», dans R. B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 9

DANDURAND, R. B., «Le couple : les transformations de la conjugalité», dans D. LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 23

DANDURAND, R. B., *Le mariage en question*, Québec, I.Q.R.C., 1988

DASGUPTA, P., «Trust as a Commodity», dans D. GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 49



DAWSON SCANZONI, L. et J. SCANZONI, *Men, Women and Change : a Sociology of Marriage and Family*, 3<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1988

DE MUNCK, J., «Normes et procédures : les coordonnées d'un débat», dans J. DE MUNCK, J. et M. VERHOEVEN, *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité*, Paris, De Boeck Université, 1997

DE SINGLY, F., *Fortune et infortune de la femme mariée*, Paris, P.U.F., 1987

DE SINGLY, F., *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, 1993

DELEURY, É. et M. RIVET, *Droit civil : droit des personnes et de la famille*, Québec, P.U.L., 1973

DEMERS-CIPRIANI, L., *La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : étude psychojuridique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire 1983-1991*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1994

DENAULT, B., «Un catholicisme discret», dans Y. DESROSIERS (dir.), *Religion et culture au Québec : Figures contemporaines du sacré*, Montréal, Fides, 1986, p. 135

DUCHESNE, L., *Les mariages et les familles au Québec*, Québec, Publications officielles du Québec, 1981

DUMOULIN, *Commentaires*, Paris, 1681

DURKHEIM, É., «La famille conjugale», cours de 1892, *Revue philosophique de 1921*, reproduit dans Émile DURKHEIM, *Textes III*, Paris, Minuit, 1975, p. 35

EHRLICH, E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936

*Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par L. FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952

*Traité de droit civil du Québec*, t. 11, par L. FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1961

*Traité de droit civil du Québec*, t. 12, par L. FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1951

FELS, L., *L'union libre au Canada*, La Salle, Hurtubise HMH, 1984

FITZPATRICK, M. A., *Between Husbands and Wives : Communication in Marriage*, Newbury Park, Sage Publications, 1988

FLOUR, J. et J.-L. AUBERT, *Les obligations : l'acte juridique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Colin, 1994

GAGNON, C.-É., *Mémoires d'un notaire de campagne*, Sillery, Septentrion, 1990

GAGNON, N., «Les effets patrimoniaux de la rupture», dans C. BERNARD et D. SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, , module 8, t. 2, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Adage, 1995

GAGNON, N., *La famille ouvrière urbaine*, mémoire de maîtrise en sociologie, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1964

GAUDEMET, J., *Le mariage en Occident : les mœurs et le droit*, Paris, Éditions du Cerf, 1987

GAUDET, B., «Le notaire et la juridiction volontaire», dans *Mélanges offerts à Maître Raymond Cossette*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1968, p. 161

GÉRAUD, R., *Le mariage et la crise du couple*, Paris, Marabout, 1973

GÉRIN-LAJOIE, M., «Comment le désir d'enfant vient aux femmes», dans R. B. DANDURAND, *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 47

GEYMAN, J. P., *Family Practice : Foundation of Changing Health Care*, 2<sup>e</sup> éd., Norwalk (Conn.), Appleton-Century-Crofts, 1985

GIDDENS, A., «Identité de soi, transformation de l'intimité et démocratisation de la vie», dans M. AUDET et H. BOUCHIKHI (dir.), *Structuration du social et modernité avancée (autour des travaux d'Anthony Giddens)*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 455

GILLIGAN, C., *In a Different Voice : Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982

GIRARD, A., *Le choix du conjoint : une enquête psychosociologique en France*, Institut national d'études démographiques, Paris, P.U.F., 1964

GLENDON, M. A., *State, Law and Family*, Oxford, North Holland Publishing, 1977

GLENDON, M. A., *The New Family and the New Property*, Toronto, Butterworths, 1981

GLENDON, M. A., *The Transformation of Family Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1989

GODBOUT, J. T., «L'état d'endettement mutuel», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *À qui se fier? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 205

GODBOUT, J. T. et J. CHARBONNEAU, «La dette positive dans le lien familial», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *Ce que donner veut dire*, n° 1, Paris, Édition de la Découverte, 1993, p. 235

GOOD, D., «Individuals, Interpersonal Relations, and Trust», dans D. GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 33

GOUBAU, D., «Rapport canadien», dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLV, «Journées japonaises», Paris, Litex, 1996, p. 185

GRAND'MAISON, J., «Les différents types de famille et leurs enjeux», dans B. LACROIX (dir.), *Vive la famille*, Montréal, Éditions Fides, 1993, p. 15

GRANGER, L., *La communication dans le couple*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1980

GUESTIN, J., *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980

GUILLOUARD, L. V., *Traité de la vente et de l'échange*, t.1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Durand et Pénode, 1902

GURVITCH, G., *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940

GUY, M., «De l'accession de la femme au gouvernement de la famille», dans BOUCHER, J. et A. MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale, livre du centenaire du Code civil I*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 199

HACKER, P. M. S., «Sanction Theories of Duty», dans A. W. B. SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2<sup>nd</sup> Series, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 131

HECQ, F., «La famille et quelques-uns de ses paradoxes», dans LEMAIRE, J., M. MOULIN et M. VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 58

HÉLEINE, F., *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée en droit québécois*, t. 2, Montréal, P.U.M., 1972

HOSHINO, E., «L'évolution du droit des contrats au Japon», dans Centre français de droit comparé, *Études de droit japonais*, Paris, Société de législation comparée, 1989, p. 403

KRAUSE, H.D., «Property and Alimony in No-Fault Divorce», dans *General Reports XIV<sup>th</sup> International Congress : International Academy of Comparative Law*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 149

JEANMMAUD, A., «Introduction à la sémantique de la régulation juridique», dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 47

JOYAL, R., «La famille, entre l'éclatement et le renouveau : la réponse du législateur», dans R. B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 147

JULIEN, P., *Les contrats entre époux*, Paris, L.G.D.J., 1962

KASIRER, N., «What is *vie commune*? Qu'est-ce que *living together*?», dans P.-A. CRÉPEAU (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 487

KATZ, M., «Vie de famille, vies de familles», dans J. LEMAIRE, M. MOULIN et M.VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 119

KAUFMANN, J.-C., *La trame conjugale : analyse du couple par son linge*, Paris, Nathan, 1992

KAUFMANN, J.-C., *Sociologie du couple*, Paris, P.U.F., 1993

KELLERHALS, J. et autres, *Microsociologie de la famille*, Paris, P.U.F., 1984

KELLERHALS, J. (dir.), J.F. PERRIN, G. STEINAUER-CRESSON, L. VONECHE et G. WIRTH, *Mariages au quotidien*, Lausanne, Éditions Pierre-Marcel Favre, 1982

LABBÉE, X., *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996

LABONTÉ, Y., *La dation en paiement entre mari et femme*, Montréal, Éditions Thémis, 1954-55

LACQUERRE, P., «Les conventions matrimoniales», dans BERNARD, C. et D. SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, module 4, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Montréal, Adage, 1995

LANGELIER, F., *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 5, Montréal, Wilson et Lafleur, 1907

LANGLOIS, S., «L'avènement de la société de consommation : un tournant dans l'histoire de la famille», dans D. LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 89

LANGLOIS, S. et autres, *La société québécoise en tendances 1960-1990*, Québec, I.Q.R.C., 1990

LAPIERRE-ADAMCYK, É., «Mariage et cohabitation : quelques transformations de la vie conjugale», dans R. TESSIER (dir.), *Vivre à deux aujourd'hui*, Montréal, Le jour, 1993, p. 25

LAPIERRE-ADAMCYK, É., T. R. BALAKRISHNAN et K. J. KROTKI, «La cohabitation au Québec, prélude ou substitut au mariage? Les attitudes des jeunes Québécoises», dans R. B. DANDURAND (dir.), *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, I.Q.R.C., 1987, p. 27

LEE, G. R., «Comparative Perspective», dans M. B. SUSSMAN et S. K. STEINMETZ, *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 59

LEFRANÇOIS, G., *Les conventions et les partages entre conjoints*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit/Nouvelle série*, «Famille», Doctrine - Document 3, Montréal, 1997

LEMENNICIER, B., *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, P.U.F., 1988

LEMENNICIER, B., *Économie du droit*, Paris, Éditions Cujas, 1991

LEPAGE, F., G. BÉRUBÉ et L. DESROSIERS, *Vivre en union de fait au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1992

LIENHARD, C., *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, Paris, Economica, 1985

LLUELLES, D., (avec la collaboration de B. MOORE), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998

LORENZ, E., «Confiance, contrats et coopération économique», (1996) 38 *Sociologie du travail* 487

LORENZ, E. H., «Neither Friends nor Strangers : Informal Networks of Subcontracting in French Industry», dans D. GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 194

LOSH-HESELBART, S., «Development of Gender Roles», dans M. B. SUSSMAN et S. K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 535

LUHMANN, N., «Familiarity Confidence, Trust : Problems and Alternatives», dans D. GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Basil Blackwell, 1988, p. 94

LUHMANN, N., *Trust and Power (Trust as a Reduction of Complexity)*, New York, John Wiley and Sons, 1979

MACNEIL, I. R., *The New Social Contract*, London, Yale University Press, 1980

MACNEIL, I. R., *Contracts, Exchange, Transactions and Relations*, 2<sup>e</sup> éd., Mineola, Foundation Press, 1978

MARCEAU, L., *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1960

MARCHAND, F.G., *Manuel et formulaire général et complet du notariat de la province de Québec*, Montréal, A. Periard, 1892

MARLER, W. de M., *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932

MARTIN, O., *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. 2, fasc. 1, Paris, Leroux, 1930

MARTY, G. et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les obligations*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1988

MATTEI, E. «L'état matrimonial», dans J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 75

MAZEAUD, J., L. MAZEAUD et H. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1976

MELVILLE, K. et S. KELLER, *Marriage and Family Today*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Random House, 1988

MERCIER, L., «Le quotidien et le partage des tâches», dans D. LEMIEUX (dir.), *Familles d'aujourd'hui*, Québec, I.Q.R.C., 1990, p. 143

MICHAUD, C., «Le mariage et la famille : des réalités déssoudées», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 195



MICHAUD, Y. et N. ST-AMAND, *Multidisciplinarité : nouvelle gestion du social?*, Moncton, Tribune Press Limited, 1985

MICHEL, A., *Activités professionnelles de la femme et vie conjugale*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1974

MICHEL, A., *Sociologie de la famille et du mariage*, Paris, P.U.F., 1972

MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Whiteford et Théoret, 1895

MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, Théorêt, 1899

MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien*, t. 6, Montréal, Théorêt, 1902

MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien*, t. 7, Montréal, Théorêt, 1906

MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Théorêt, 1909

MOREUX, C., *Fin d'une religion?*, Montréal, P.U.M., 1969

NÉLISSE, C., «L'intervention : catégorie floue et construction de l'objet», dans C. NÉLISSE et R. ZUNIGA (dir.), *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997, p. 16

NOLLER, P., *Nonverbal Communication and Marital Interaction*, New York, Pergamon Press, 1984

NOREAU, P., *Droit préventif : Le droit au delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993

NOREAU, P., «Le droit et la famille : perspective sur l'amour, la contrainte et l'engagement», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 55

O'NEILL, N. et G. O'NEILL, *Le mariage open : le couple, un nouveau style de vie*, traduit par M. Teyssedre et J. Darcueil, Montréal, Éditions Sélect, 1972

OLIVIER, J. et F. LEPAGE, *Mémoire du Conseil du statut de la femme*, Août 1988

OLSON, D.H. et R.E. CROMWELL, «Power in Family», dans R.E. CROMWELL et D.H. OLSON (dir.), *Power in the Family*, New York, Halsted Press, 1975, p. 5

ORLÉAN, A., «Sur le rôle respectif de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *À qui se fier? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, no 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 17

OUELLETTE, M., *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991

OUELLETTE, M., *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal, Éditions Thémis, 1995

PARSONS, T. et R. BALES, *Family, Socialization and Interaction Process*, New York, Free Press, 1955

PARSONS, T., *Éléments pour une sociologie de l'action*, introduction et traduction de F. Bourricaud, Paris, Plon, 1955

PAYRARD, G., «Les couples non mariés», dans R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1979, p. 211

PERRAULT, A., *Traité de droit commercial*, t. 2, Montréal, Albert Lévesque, 1936

PERROT, M., «Figures et rôles», dans P. ARIES, G. DUBY (éd.), *Histoire de la vie privée*, t. 4, Paris, Le Seuil, 1987, p. 38

PERROT, M., «Les échanges à l'intérieur de la famille : Approche historique», dans F. DE SINGLY (dir.), *La famille : L'état des savoirs*, Paris, Éditions La Découverte, 1991, p. 97

PICHÉ, G., «Le juge et le notaire peuvent-ils s'entendre avec le nouveau Code civil», dans P. CIOTOLA (textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000 : défis et perspectives*, Les Journées Maximilien Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 162

PINEAU, J., *La famille. Droit applicable au lendemain de la Loi 89*, Montréal, P.U.M., 1983

PINEAU, J., *Mariage, divorce et séparation*, Montréal, P.U.M., 1978

PINEAU, J. et D. BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984

PINEAU, J. et D. BURMAN, *Théorie des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988

POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 5<sup>e</sup> éd., Boston, Little, Brown and Company, 1998

POUSSON, J. et A. POUSSON, *L'affection et le droit*, Paris, C.N.R.S., 1990

RAVEN, B.H., R. CENTERS et A. RODRIGUES, «The Bases of Conjugal Power», dans R. E. CROMWELL et D. H. OLSON (dir.), *Power in Family*, New York, Halsted Press, 1975, p. 217

RAYMOND, G., *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Éditions Bayard, 1999

RENAUD, J., *Droit patrimonial de la famille*, t. 1, «Régimes matrimoniaux», Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1971

RHÉAUME, J., *Droits et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990

RHEINSTEIN, M., *Marriage Stability, Divorce and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1972

*Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par H. ROCH, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953

*Traité de droit civil du Québec*, par H. ROCH et R. PARÉ, t. 13, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952

ROCHE, E. M., «The Content of Marriage Contracts : A Range of Options», dans E.M. ROCHE et D. C. SIMMONS (dir.), *Marriage Contracts*, Toronto, Carswell, 1988, p. 81

ROCHER, G., *Introduction à la sociologie générale*, t. 1, Paris, Points, 1968

ROUSSEL, L., *La famille incertaine*, Paris, Odile Jacob, 1989

ROVIELLO, A.-M., «Nouvelles morales pour familles nouvelles», dans J. LEMAIRE, M. MOULIN et M. VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 141

ROY, A., «L'intervention du notaire dans les relations conjugales : du contrat de mariage au contrat conjugal», dans P. CIOTOLA (textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 189

RUBELLIN-DEVICHI, J., «La diminution de l'importance du mariage», dans R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1979, p. 75

SAGER, C., *Marriage Contracts and Couple Therapy*, New York, Brunner/Mazel, 1976

SANSREGRET-SCOTT, C., *Le climat de confiance chez le jeune couple*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1973

SAVATIER, R., *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, L.G.D.J., 1963

SCANZONI, J., «Social Processes and Power in Families», dans W.R. BURR, R. HILL et autres (dir.), *Contemporary Theories about the Family*, New York, Free Press, 1979, p. 292

SCANZONI, J. et M. SZINOVACZ, *Family Decision-Making : A Developmental Sex Role Model*, Beverly Hills, Sage Publications, 1980

SCHÖN, D. A., *Le praticien réflexif : à la recherche du savoir caché dans l'agir professionnel*, traduit par J. Heynemand et D. Gagnon, Montréal, Éditions Logiques, 1994

SCHWARTZ, P., «Female Sexuality and Monogamy», dans R. W. LIBBY and R. N. WHITEHURST (dir.), *Renovating Marriage : Toward New Sexual Life-Styles*, Danville (Cal.), Consensus, 1973, p. 211

SECRÉTARIAT À LA FAMILLE, Gouvernement du Québec, *Familles en têtes 1995-1997, les défis à relever*, Québec, Publications du Québec, 1994

SENÉCAL, J.-P., *Droit de la famille québécois*, t. 1, Farnham, C.C.H./F.M., 1986

SENÉCAL, J.-P., *Droit de la famille québécois*, t. 2, Farham, C.C.H./F.M., 1986

SENÉCAL, J.-P., «État de la jurisprudence sur le patrimoine familial», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1991), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 297

SENÉCAL, J.-P., *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989

SENÉCAL, J.-P., *Séparation, divorce et procédure*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1983

SERVET, J.-M., «Paroles données : le lien de confiance», dans Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales (M.A.U.S.S.), *À qui se fier? Confiance, Interaction et Théorie des jeux*, n° 4, Paris, Édition de la Découverte, 1994, p. 37

SETTANNI, H., *A Holism : A Philosophy for Today, Anticipating the Twenty First Century*, New York, Peter Lang, 1990

SOLUS, H. et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, Paris, Sirey, 1961

SPREY, J., «Family Power and Process : Toward a Conceptual Integration», dans R. E. CROMWELL et D. H. OLSON (dir.), *Power in Family*, New York, Halsted Press, 1975, p. 61

STALKER, D. et C. GLYMOUR, *Examining Holistic Medicine*, Buffalo, Prometheus Books, 1985

STARCK, B., H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations : contrat*, Paris, Litec, 1993

STONE, L., *The Family, Sex and Marriage in England 1500-1800*, New York, Harper and Row, 1977

SZINOVACZ, M., «Family Power», dans M. B. SUSSMAN et S. K. STEINMETZ (dir.), *Handbook of the Marriage and the Family*, New York, Plenum Press, 1987, p. 651

TAHON, M.-B., *La famille désinstituée*, Ottawa, P.U.O., 1995

TALPIS, J. A. et J.G. CASTEL, «Le Code civil du Québec : interprétation des règles du droit international privé», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 886

TERRÉ, F., P. SIMLER et Y. LAQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1996

THÉRY, I., *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993

TREBILCOCK, M. J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1997

TRUDEL, G. et R. DESROSIERS DE LANAUZE, *Code civil du Québec comparé et coordonné au Code civil du Bas Canada*, Montréal, Soquij, 1981

*Traité de droit civil du Québec*, t. 1, par G. TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942

*Traité de droit civil du Québec*, t. 2, par G. TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942

*Traité de droit civil du Québec*, t. 7, par G. TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1946

UNDERWAGER, R. et H. WAKEFIELD, «Psychological Considerations in Negotiating Premarital Contracts», dans E. WINER et L. BECKER (dir.), *Premarital and Marital Contracts*, Chicago, American Bar Association, 1993, p. 217

VALOIS, J., *Sociologie de la famille au Québec*, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1993

VAN de MEULEBROEKE, M., «À nouvelles familles, nouvelles morales?», dans J. LEMAIRE, M. MOULIN et M. VAN de MEULEBROEKE (dir.), *Les nouvelles familles*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 7

VERDON, M., *Anthropologie de la colonisation au Québec*, Montréal, P.U.M., 1973

VINCELETTE, D., «La donation dans la réforme du Code civil», dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 433

VIRASSAMY, G., *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, L.G.D.J., 1986

VOYER, L., B. BAWIN-LEGROS, K. DEBBELAERE et J. KERNOF, *Belges heureux et satisfaits*, Bruxelles, Éditions De Boeck, 1992

WEISS, R. L., H. HOPS et G. R. PATTERSON, «A Framework for Conceptualizing Marital Conflict : A Technology for Altering it, Some Data for Evaluating it», dans L. A. HAMERLYNCK, L. C. HANDY et E. J. MASH (dir.), *Behavior Change : Methodology, Concepts and Practice*, Champaign, Research Press, 1973, p. 309

WEITZMAN, L. J., *The Marriage Contracts : Spouses, Lovers and the Law*, New York, Free Press, 1981

WHITEHURST, R. N., «The Monogamous Ideal and Sexual Realities», dans R. LIBBY and R. N. WHITEHURST (dir.), *Renovating Marriage : Toward New Sexual Life-Styles*, Danville (Calif.), Consensus, 1973, p. 42



### Articles de revues

ALDOUS, J., «Family Interaction Patterns», (1977) 3 *Annual Review of Sociology* 105

ANONYME, «Des fonctions des notaires», (1909) 12 *R. du N.* 33

ARNAUD, A.-J., «Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun», (1992) 20-21 *Droit et Société* 17

ASHFORD, R., «Socio-Economics : What is its Place in Law Practice?», (1997) *Wisconsin Law Review* 611

AQUIN, F., «La loi 89 et les accords à l'occasion des séparations et des divorces», (1981) 1 *C.P. du N.* 177

AQUIN, F., «Les conventions entre époux à l'occasion des séparations de fait, des séparations de corps et des divorces», (1976) 1 *C.P. du N.* 191

AUGER, J., «La mutabilité contrôlée du régime matrimonial et la révocation des donations par contrat de mariage», (1978-79) 81 *R. du N.* 41

AUGER, J., «La réforme en droit de la famille : seconde étape», (1982) 5 *Les Cahiers* 35

AUGER, J., «La clause de divorce», (1976) 79 *R. du N.* 80

AUGER, J., «La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux», (1981) 1 *C.P. du N.* 33

AUGER, J., «Une formule pas comme les autres», (1974) 76 *R. du N.* 406

AUGUSTIN, J.-M., «Les premiers contrats de mariage à Montréal de 1648 à 1664 et la Coutume de Paris», (1996) 30 *R.J.T.* 1

BALL, J.D. et L. H. HENNING, «Rational Suggestions for Premarital Counseling», (1981) 7 *Journal of Marital and Family Therapy* 69

BARRERYE, J.-Y. et B. BOUQUET, «De l'incantation à l'implication - Pratiques du contrat», (1992) 19 *Informations sociales* 59

BAUDOUIN, J.-L., «Examen critique de la réforme sur la capacité de la femme mariée québécoise», (1965) 43 *R. du B. Can.* 393

BAUDOUIN, P., «Administration des biens de la femme», (1904) 10 *R.L.n.s.* 301

BAUDOUIN, L., «Immutabilité ou mutabilité des conventions matrimoniales», (1954-55) 1 *McGill L.J.* 259

BAUDOUIN, L., «Le notariat», (1964) 67 *R. du N.* 167

BAUDRY, B., «Contrat, autorité et confiance : la relation de sous-traitance est-elle assimilable à la relation d'emploi?», (1992) 43 *Revue économique* 871

BAUDRY, B., «De la confiance dans la relation d'emploi ou de sous-traitance», (1994) 33 *Sociologie du travail* 43

BEAULIEU, M.-L., «Réception des actes authentiques dans Gaspé et Bonaventure», (1931) 33 *R. du N.* 511

BEAULNE, J., S. BINETTE, N. GAGNON et Y. PEPIN, «Le contrat de partage en matière de patrimoine familial», (1991) 14 *Les Cahiers* 555

BEETZ, J., «Attribution et changement de nom patronymique», (1956) 16 *R. du B.* 56

BELLEY, J.-G., «L'État et la régulation juridique des sociétés globales: Pour une problématique du pluralisme juridique», (1986) 18 *Sociologie et Société* 22

BELLEY, J.-G., «Paradigmes et innovation : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques», (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 163

BELLEY, J.-G., «Réflexion critique sur la culture notariale du contrat», (1996) 1 *C.P. du N.* 105

BELLEY, J.-G., «Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle : une étude de cas», (1996) 37 *C. de D.* 37

BELLEY, J.-G. et autres, «Moderniser la confiance : l'assurance-qualité comme décontextualisation de la sous-traitance industrielle», (1995) 32.1 *Revue canadienne de sociologie et d'anthropologie* 1

BÉNABENT, A., «La liberté individuelle et le mariage», (1973) 71 *Rev. tr. dr. civ.* 440

BERGERON, J.-G., «Le praticien et certains aspects du changement conventionnel ou judiciaire d'un régime matrimonial pendant le mariage», (1976) 79 *R. du N.* 177

BERNSTEIN, B. E., «Lawyer and Counselor as an Interdisciplinarity Team : Pre-marital Counseling», (1977) 26 *The Family Coordinator* 415

BINETTE, S., «Le contrat de mariage depuis le nouveau Code civil du Québec», (1981) 1 *C.P. du N.* 107

BLECHMAN, E. A., «The Family Contract Game», (1974) 23 *The Family Coordinator* 269

BLONDIN, M.-J. et autres, «Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants», (1986) *R. du B.* 105

BLUMBERG, R.L. et M.T. COLEMAN, «A Theoretical Look at the Gender Balance of Power in American Couple», (1989) 10 *Journal of Family Issues* 225

BOURGUIGNON, O., «La question de l'enfant», (1987) 37 *L'Année Sociologique* 93

BRIERE, G., «Les charges du mariage», (1967) 2 *R.J.T.* 451

BRIERE, G., «Les effets du mariage selon la conception du législateur québécois de 1980», (1982) 13 *R.G.D.* 5

BRIERE, G. et P. BÉLIVEAU, «Réflexions à l'occasion d'une réforme», (1970) 73 *R. du N.* 55

BROWN, L. M. et E. A. DAUER, «A Synopsis of the Theory and Practice of Preventive Law (Part III)», (1983) 1 *Preventive Law Reporter* 6

BRUNELLE, L. S., «Le notaire de campagne», (1920) 22 *R. du N.* 284

BRYAN, P. E., «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask of Contextual Coercion», (1999) *Buffalo Law Review* 1153.

BUCKNER, L. et C. J. SALTS, «A Premarital Assessment Program», (1985) 34 *Family Relations* 513

BURMAN, D., «Le déclin de la liberté au nom de l'égalité», (1990) 24 *R.J.T.* 461

BURMAN, D., «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice : un juste sujet de s'alarmer», (1988) 22 *R.J.T.* 149

CALAIS-AULOY, M.-T., «Pour un mariage aux effets limités», (1988) 87 *Rev. tr. dr. civ.* 255

CALAIS-AULOY, M.-T., «Suggestions pour une réforme du divorce», (1980) 79 *Rev. tr. dr. civ.* 42

CANTIN-CUMYN, M., «La liberté testamentaire et la Charte des droits et libertés de la personne», (1982) 84 *R. du N.* 223

CAPARROS, E., «Antithèses et synthèses des régimes matrimoniaux», (1965-66) 7 *C. de D.* 289

CAPARROS, E., «La détermination conventionnelle de la contribution des époux aux besoins de la famille», (1976) 17 *C. de D.* 603

CAPARROS, E., «Le régime primaire dans le nouveau Code civil du Québec : quelques remarques critiques», (1981) 22 *C. de D.* 325

CARDINAL, J.-G., «Les actes du mineur sont-ils nuls?», (1959) 62 *R. du N.* 196

CASTELLI, M. D., «La réforme du droit des obligations. Les donations», (1988) 29 *C. de D.* 953

CASTELLI, M. D., «La répartition des charges du mariage et la prestation compensatoire : vers un revirement des solutions traditionnelles en pratique et en jurisprudence», (1984) 44 *R. du B.* 724

CHAMPAGNE, C., «L'action en dommages et intérêts sous l'article 1053 C.c. de l'épouse battue par son mari : une réaffirmation de la complétude du Code civil», (1983) 43 *R. du B.* 797

CHAPELLE, A., «Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale», (1984) 83 *Rev. tr. dr. civ.*, 411

CHARBONNEAU, J., «Le côté sombre du don dans la parenté», (1996) 37 *Recherches sociologiques* 113

CHARRON, C., «La séparation de biens comme régime légal : un essai de bilan», (1972) 74 *R. du N.* 307

CIOTOLA, P., «La saisissabilité des biens donnés ou légués à titre insaisissable», (1974-75) 77 *R. du N.* 499

CIOTOLA, P., «Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux», (1989) 2 *C.P. du N.* 1

CIOTOLA, P., «Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux», (1976) 1 *C.P. du N.* 157

CIOTOLA, P., «Patrimoine familial et transmissibilité : de nouveau transmissible!», (1999) 101 *R. du N.* 425

CIOTOLA, P., et N. GAGNON, «Droit actuel et nouveau droit : le point sur le patrimoine familial, la société d'acquêts et les conventions matrimoniales», (1992) 2 *C.P. du N.* 1

CIPRIANI, L., «La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire», (1995) 36 *C. de D.* 209

COMTOIS, R., «Changement de régime matrimonial - Donation mutuelle entre époux par contrat de mariage», (1971-72) 74 *R. du N.* 34

COMTOIS, R., «La prestation compensatoire : une mesure d'équité», (1982) 85 *R. du N.* 367

COMTOIS, R., «Le Bill 10 depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1970», (1970) 1 *R.G.D.* 221

COMTOIS, R., «Le rôle du praticien dans l'élaboration des règles de droit», (1974) 77 *R. du N.* 151

COMTOIS, R., «Jurisprudence - contrat de mariage signé par un mineur non assisté - nullité absolue selon la Cour suprême - fin de la controverse», (1977) 80 *R. du N.* 43

COMTOIS, R., «Jurisprudence. Les comourants survivent!» (1964-65) 67 *R. du N.* 472

COMTOIS, R., «Jurisprudence. Présomptions de survie et successions testamentaires - Reprise de la controverse», (1976-77) 79 *R. du N.* 499

CORNU, G., «Le contrat entre époux», (1953) 51 *Rev. trim. dr. civ.* 461

CORNU, G., «Du sentiment en droit civil», (1963) 8 *Annales de la Faculté de droit de Liège* 189

COSSETTE, A., «La loi concernant les régimes matrimoniaux et l'irrévocabilité de l'institution contractuelle», (1971-72) 74 *R. du N.* 28

COSSETTE, A., «La prestation compensatoire et le contrat de mariage», (1981) 1 *C.P. du N.* 189

COSSETTE, A., «Le régime de séparation de biens est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire?», (1985) 87 *R. du N.* 456

COSSETTE, A., «Les notions d'égalité et de discrimination dans le droit successoral de la province de Québec», (1963) 65 *R. du N.* 431

COSSETTE, A., «Jurisprudence», (1968-69) 71 *R. du N.* 306

COSSETTE, A., «Statistiques en matière de mariage», (1991) 93 *R. du N.* 537

COTTERRELL, R., «Trusting in Law : Legal and Moral Concepts of Trust», (1993) 46 *Current Legal Problems* 75

CRENSHAW, J., «A Blueprint for Marriage : Psychology and the Law Join Forces», (1962) 48 *American Bar Association Journal* 125

DANDURAND, R. B., «Les dissolutions matrimoniales : un phénomène latent dans le Québec des années 60», (1985) 9 *Anthropologie et Sociétés* 87

DE LA MARNIERRE, E.S., «La modification du régime et l'intérêt de la famille», (1971-72) 74 *R. du N.* 166

DE SINGLY, F., «Fidélité et infidélité», (1992) 20 *Sciences humaines* 36

DEMERS, D., «Le problème des comourants», (1969-70) 72 *R. du N.* 483

DUBREUIL, C. et B. LEFEBVRE, «L'ordre public et les rapports patrimoniaux dans les relations de couple», (1999) 40 *C. de D.* 346

FALK MOORE, S., «Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study», (1973) 7 *Law and Society Review* 71

FITZPATRICK, P., «Law and Societies», (1984) 22 *Osgoode Hall Journal* 115

FLEISCHMANN, K., «Marriage by Contract : Defining the Terms of Relationship», (1974) 8 *Family Law Quarterly* 27

FONTAINE, P., «Conventions matrimoniales», (1927) 30 *R. du N.* 73

FORTIN, D., *Évolution du droit de la famille : filiation, rapports personnels et rapports patrimoniaux entre conjoints*, dans Chambre des notaires du Québec, *Le manuel du notaire*, Partie I, Traité-Formulaire, Montréal, 1975, p. 19

FULLER, L. L., «Consideration and Form», (1941) 41 *Columbia Law Rev.* 799

GALANTER, M., «Justice Has Many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law», (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism* 1



GIBSON WELLS, J., «A Critical Look at Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator* 33

GLAUDE, M. et F. DE SINGLY, «L'organisation domestique : pouvoir et négociation», (1986) 187 *Économie et Statistique* 3

GODBOUT, J. T., «Les bonnes raisons de donner», (1995) 19 *Anthropologie et Sociétés* 45

GOUBAU, G., «Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada», (1993) 72 *R. du B. can.* 279

GOUJON, A., «Le notaire d'aujourd'hui», (1971) 74 *R. du N.* 220

GOULDER, A., «The Norm of Reciprocity : A Preliminary Statement» (1960) 25 *American Sociological Review* 161

GRANBOIS, D.H. et R.P. WILLET, «Equivalence of Family Role Measures Based on Husband and Wife Data», (1970) 32 *Journal of Marriage and the Family* 68

GROSSBARD-SHECHTMAN, S. et B. LEMENNICIER, «Marriage Contracts and the Law-and-Economics of Marriage : an Austrian Perspective», à paraître dans (2000) *Journal of Socio-Economics*

GULNER, C. A., «The Post Marital : An Alternative to Pre-Marital Counseling», (1971) 20 *The Family Coordinator* 115

GUY, M., «Aperçu général des incidences de la loi 89 sur la pratique notariale», (1981) 1 *C.P. du N.* 1

GUY, M., «Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89», (1981) 1 *C.P. du N.* 157

HAUSER, J., «Divorce pour faute : les degrés du mariage ou faut-il abroger l'article 260 du Code civil?», (1994) 93 *Rev. tr. dr. civ.* 571

HEER, D. M., «The Measurement and Bases of Family Power : an Overview», (1963) 25 *Marriage and Family Living* 133

HÉLEINE, F., «Rapport personnel entre époux, obligations alimentaires divorce et séparation de corps», (1970) 1 *R.G.D.* 103

HÉMARD, J., «Les contrats à titre onéreux entre époux», (1938) 37 *Rev. trim. dr. civ.* 671

HUET-WEILLER, D., «Contrat de mariage», *J.-Cl.*, fasc. A-1

JOYAL, R., «Les obligations alimentaires familiales et les enfants : de l'exclusion horizontale à l'exclusion verticale», (1999) 33 *R.J.T.* 327

KARPIK, L., «Dispositifs de confiance et engagements crédibles», (1996) 4 *Sociologie du travail* 527

KARST, K., «The Freedom of Intimate Association», (1979-80) 89 *Yale L.J.* 624, 640

KASIRER, N., «Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony», (1994) 25 *R.G.D.* 569

KELLERHALS, J., «Ambiguïtés normatives de l'échange conjugal : le problème de la norme d'équité», (1981) 7 *Revue suisse de sociologie* 311

KELLERHALS, J., J. COENEN-HUTHER et M. MODAK, «Justice and the Family : an Exploratory Analysis», (1990) 31 *Arch. europ. sociol.* 174

KELLERHALS, J. et L. ROUSSEL, «Les sociologues face aux mutations de la famille : Quelques tendances de recherches 1965-1985», (1987) 37 *L'Année sociologique* 15

KINGDOM, E., «Cohabitation Contracts and Equality», (1990) 18 *International Journal of Sociology* 287

KÖNIG, R., «Family and Authority : The German Father in 1955», (1957) 5 *The Sociological Review* 107

KUNZ, P. R., «Romantic Love and Reciprocity», (1969) 18 *The Family Coordinator* 111

L'HEUREUX, J.A., «Quelques aspects du notariat», (1963) 65 *R. du N.* 546

LAJOIE, A., «Contribution à une théorie de l'émergence du droit : Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé ; de quelques définitions interreliées», (1991) 25 *R.J.T.* 103

LAMOUSÉ, A., «Family Roles of Women : A German Exemple», (1969) 31 *Journal of Marriage and the Family* 145

LANGELIER, F., «De la validité des aliénations et constitutions d'hypothèque faites en vertu d'une procuration générale d'une femme mariée», (1896) 2 *R.L.n.s.* 559

LARZELERE, R. E. et T. L. HUSTON, «The Dyadic Trust Scale : Toward Understanding Interpersonal Trust in Close Relationship», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 595

LE BOURDAIS, C., P.J. HAMEL et P. BERNARD, «Le travail et l'ouvrage. Charge et partage des tâches domestiques chez les couples québécois», (1987) 19 *Sociologie et sociétés* 37

LE GALL, D. et C. MARTIN, «Aimer sans compter? Recomposition familiale et type d'échange», (1990) 109 *Dialogue* 70

LÉGARÉ, M., «Institution contractuelle irrévocable et mutation de régime matrimonial», (1976-77) 79 *R. du N.* 117

LÉGARÉ, M., «Le changement de régime matrimonial : aspects légaux et aspects pratiques», (1978) 80 *R. du N.* 253

LEMIEUX, L., «Utilisation du nom patronymique de la femme mariée», (1977) 37 *R. du B.* 510

LOMBOIS, C., «La condition juridique de la femme mariée», (1966) 68 *R. du N.* 457

LOMBOIS, C., «La condition juridique de la femme mariée», (1966) 69 *R. du N.* 98

LOMBOIS, C., «La condition juridique de la femme mariée», (1966) 68 *R. du N.* 525

LORENZ, E., «Confiance, contrats et coopération économique», (1996) 38 *Sociologie du travail* 487

LUPRI, E., «Contemporary Authority Patterns in the West German Family : A Study of Cross-National Validation», (1969) 31 *Journal of Marriage and the Family* 134

MACAULAY, S., «Non Contractual Relations in Business : A Preliminary Study», (1963) 28 *American Sociological Review* 55

MACDONALD, R. A., «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle», (1986) 18 *Sociologie et Société* 53

MACDONALD, R.A., «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1

MACKAAY, E., «L'ordre spontané comme fondement du droit : un survol des modèles d'émergence des règles dans une communauté civile», (1988) 22 *R.J.T.* 349

MACNEIL, I. R., «The Many Futures of Contract», (1974) 47 *S. Cal. L. Rev.* 691

MAGUIRE SHULTZ, M., «Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy», (1982) 70 *California Law Review* 204

MALINVAUD, P., «L'impossibilité de la preuve écrite», (1972) *Doctrine J.C.P.* 2468

MALUCCIO, A.N. et W.D. MARLOW, «The Case for the Contract», (1974) 19 *Social Work* 28

MAYRAND, A., «Effets du divorce sur les donations entre époux par contrat de mariage», (1961-62) 64 *R. du N.* 88

MAYRAND, A., «Égalité en droit familial québécois», (1985) 19 *R.J.T.* 249

MAYRAND, A., «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde des enfants», (1982) 85 *R. du N.* 28

McDONALD, G.W., «Family Power : The assesement of a Decade of Theory and Research 1970-1979», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 841

McLELLAN, D., «Contract Marriage - The Way Forward or Dead End?», (1996) 23 *Journal of Law and Society* 234

MICHEL, A., «Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines», (1975) 20 *Archives de philosophie du droit* 127

MICHEL, A., «Rôles masculins et féminins dans la famille : Examen de la théorie classique», (1971) 10 *Informations sur les sciences sociales* 113

MINGASSON, L. et B. SACHS, «Pratiques du contrat», (1992) 19 *Informations sociales* 77

MONEGER, F., «Le concept juridique», (1992) 19 *Informations sociales* 19

MONTGOMERY, B. M., «The Form and Function of Quality Communication in Marriage», (1981) 30 *Family Relations* 21

MURRAY, A., «La médiation familiale : une progression rapide», (1986) *R.D.F.* 311

NEAVE, M., «Resolving the Dilemma of Difference : "The Role of Private Ordering"», (1994) 44 *University of Toronto Law Journal* 97

NÉLISSE, C., «Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique», (1992) 23 *R.D.U.S.* 270

NEUVILLE, J.-P., «La tentation opportuniste : figures et dynamique de la coopération interindividuelle dans le partenariat industriel», (1998) 39 *R. franç. sociol.* 71

NOLLER, P. et M. A. FITZPATRICK, «Marital Communication in the Eighties», (1990) 52 *Journal of Marriage and the Family* 842

NOREAU, P., «Droit et sociologie : pour une approche globale du droit : Contribution à la définition du concept de droit préventif», (1992) 94 *R. du N.* 403

NOREAU, P., «Notions juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire? - Le cas du droit de la famille», (1999) 33 *R.J.T.* 307

O'LEARY, D. et H. TURKEWITZ, «A Comparative Outcome Study of Behavioral Marital Therapy and Communication Therapy», (1981) 1 *Journal of Marriage and Family Therapy* 159

OAKLEY, D., «Premarital Childbearing Decision Making», (1985) 34 *Family Relations* 561

OLSEN, F., «The Family and the Market : A Study of Ideology and Legal Reform», (1983) 96 *Harvard Law Review* 1497

OPPETIT, B., «L'engagement d'honneur», (1979) 17 *Recueil Dalloz Sirey (Chronique)* 107

OUELLETTE-LAUZON, M. «Le mandat domestique ou "du pouvoir des clefs"», (1972-73) 75 *R. du N.* 91

PELLETIER, D., «Correspondance : de la donation à cause de mort et du divorce», (1971-72) 74 *R. du N.* 158

PINEAU, J., «L'autorité dans la famille», (1965-66) 7 *C. de D.* 201

PINEAU, J., «L'élaboration d'une politique générale en matière matrimoniale», (1971) 74 *R. du N.* 3

PINEAU, J., «L'ordre public dans les relations de famille», (1990) 40 *C. de D.* 323

PINEAU, J., «La réforme des régimes matrimoniaux, quelques points d'interrogation», (1973-74) 76 *R. du N.* 3

PITROU, A., «Dépérissement des solidarités familiales?», (1987) 37 *L'Année sociologique* 207

PITROU, A., «Le soutien familial dans la société urbaine», (1977) 18 *Rev. franç. de sociol.* 47

POISSON, M. et R. COMTOIS, «Correspondance : Institution contractuelle et décès simultané», (1972-73) 75 *R. du N.* 198

POPOVICI, A., «De l'aliénation d'affection : essai critique et comparatif», (1970) 48 *R. du B. Can.* 235

POPOVICI, A., «Le divorce gracieux», (1996) 98 *R. du N.* 473

POSNER, E., «Altruism, Status and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises», (1997) 3 *Wisconsin Law Review* 567

POULIOT, E., «Le rôle du notaire dans la société civile», (1927) 29 *R. du N.* 295

RASMUSEN E. et J.E. STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance : Personalizing the Marriage Contract», (1998) 73 *Indiana Law Journal* 453

RENAUT, A., «Qu'est-ce qu'un contrat», (1992) 19 *Informations sociales* 10

RHEINSTEIN, M., «The transformation of Marriage and the Law», (1973) 68 *Nw U.L. Rev.* 463

RIVET, M., «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970», (1974) 15 *C. de D.* 613

ROBERGE, A., «Réseaux d'échange et parenté inconsciente», (1985) 9(3) *Anthropologie et Société* 5

ROCHER, G., «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91

RODIERE, R., «Chronique : responsabilité civile», (1966) 64 *Rev. trim. dr. civ.* 288

RODMAN, H., «Marital Power in France, Greece, Yugoslavia and the United States : A Cross National Discussion», (1967) 29 *Journal of Marriage and the Family* 320

ROLFE, D. J., «Pre-Marriage Contracts : An Aid to Couples Living with Parents», (1977) 26 *The Family Coordinator* 281

ROSE, C., «Women and Property : Gaining and Losing Ground», (1992) *Va. L.R.* 421

ROUSSEL, L., «Données démographiques et structures familiales», (1987) 37 *L'année sociologique* 45

ROY, A., «Des contrats de mariage innovateurs», (1995) 98 *R. du N.* 64



ROY, A., «Problématiques en matière de patrimoine familial et fonctions préventives du contrat de mariage», (1996) 1 *C.P. du N.* 161

ROY, J.-E., «Des conventions matrimoniales», (1910) 11 *R. du N.* 340

SAFILIOS-ROTHSCHILD, C., «A Macro-and Micro-Examination of Family Power and Love : A Exchange Model», (1976) 37 *Journal of Marriage and the Family* 355

SAFILIOS-ROTHSCHILD, C., «The Study of Family Power Structure : A Review 1960-1969», (1970) 31 *Journal of Marriage and the Family* 290

SAGER, C., H. S. KAPLAN, R. H. GRUNLACH, M. KREMER, R. LENZ et J. R. ROYCE, «The Marriage Contract», (1971) 10 *Family Process* 311

SAVIGNAC, J.M., «Considérations et réflexions sur le notariat», (1922) 24 *R. du N.* 361

SCANZONI, J. et K. POLONKO, «A Conceptual Approach to Explicit Marital Negotiation», (1980) 42 *Journal of Marriage and the Family* 31

SCANZONI, J. et G. L. FOX, «Sex Roles, Family and Society : The Seventies ans Beyond», (1980) 42 *Journal of Marriage and The Family* 743

SCORESBY, A. L., F. J. APOLONIO et G. HATCH, «Action Plans : An Approach to Behavior Change in Marriage Education», (1974) 23 *The Family Coordinator* 343

SCOTT, E. S. et R. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Va. L. Rev.* 1225.

SENÉCAL, J.-P., «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131

SIROIS, J., «Code du notariat annoté : Fonction des notaires - Le notaire est-il un fonctionnaire de l'ordre judiciaire?», (1923) 25 *R. du N.* 193

SIROIS, L.-P., «Les contrats de prêt entre époux», (1895) 1 *R.L.n.s.* 293

SIROIS, L.-P., «Dation en paiement entre époux» (1915) 17 *R. du N.* 193

SOKOLOV, M., «Marriage Contracts for Support and Services : Constitutionality Begins at Home», (1974) 49 *Harvard Law Review* 1161

SPRECHER, S., «Sex Differences in Bases of Power in Dating Relationships», (1985) 12 *Sex Roles* 449

SPREY, J., «Family Power Structure : A Critical Comment», (1972) 34 *Journal of Marriage and the Family* 235

STEINGBERG, J., «Through an Interdisciplinarity Mirror : Attorney-Therapist Similarities», (1985) 8 *Journal of Divorce* 1

STETS, J. E., «Control in Dating Relationships», (1993) 55 *Journal of Marriage and the Family* 673

STRAUBER, J. E., «A Deal is a Deal : Antenuptial Agreements Regarding the Religious Upbringing of Children Should Be Enforceable», (1998) 47 *Duke Law Journal* 971.

STUART, R. B., «Operant-interpersonal Treatment for Marital Discord», (1969) 33 *Journal of Consulting and Clinical Psychology* 675

SZINOVACZ, M. et P. HARPSTER, «Employment Status, Gender Roles Attitudes and Marital Dependence in Later Life», (1993) 55 *Journal of Marriage and the Family* 927

TERRÉ, F., «À propos de l'autorité parentale», (1975) 20 *Archives de philosophie du droit* 45

TÉTREAU, J.-M., «Les changements de régimes matrimoniaux», (1975) 1 *C.P. du N.* 205

TREBILCOCK, M. J. et R. KESHVANI, «The Role of Private Ordering in Family Law : A Law and Economics Perspective», (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 533

TREMBLAY, M.-A., «Modèles d'autorité dans la famille canadienne française», (1966) 7 *Recherches sociographiques* 215

TREMBLAY, M.-A., «L'éclatement des cadres familiaux traditionnels au Canada français», (1966) 26 *Relations* 131

TROTTIER, M. et P. MAYER, «Images de la femme au Canada français», (1965-66) 12 *C. de D.* 343

TURGEON, H., «Jurisprudence», (1931) 34 *R. du N.* 179

TURGEON, H., «Jurisprudence», (1931) 34 *R. du N.* 281

TURGEON, H., «Jurisprudence» (1938) 40 *R. du N.* 476

VALOIS, G., «Contrat de mariage à régimes alternatifs», (1948) 51 *R. du N.* 59

VALOIS, J., «Famille traditionnelle et famille moderne, réalité de notre société», (1965-66) 7 *C. de D.* 149

WAX, A. L., «Bargaining the Shadow of the Market : Is There a Future for Egalitarian Marriage?», (1998) 47 *Va. L. Rev.* 509.

WEISS, R. et autres, «Contractual Models for Negotiation Training in Marital Dyad», (1974) 36 *Journal of Marriage and the Family* 321

WELLS, J. Gibson, «Personal Marriage Contracts», (1976) 25 *The Family Coordinator* 33

WIEGERS, W. A., «Economic Analysis of Law and "Private Ordering" : A Feminist Critique», (1992) 42 *University of Toronto Law Journal* 170

WILLKE, H., «Diriger la société par le droit», (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 189

YNGUESSON, B., «Re-Examining Continuing Relations and the Law», (1985) *Wisconsin Law Review* 623

### **Documents divers**

BEAUJOUR, A., «La famille : une idée moderne», *L'Express*, no. 1822, 13 juin 1986, p. 46

Chambre des Notaires du Québec, *Mémoire portant sur «Les droits économiques des conjoints»*, Montréal, Septembre 1988

Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit / Nouvelle série*, «Famille», Formulaire - Document 1.1, Montréal, 1996

Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit / Nouvelle série*, «Famille», Formulaires - Document 1.2, Montréal, 1996

*Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications officielles du Québec, 1993

*Commentaires du ministre de la justice*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993

«Édit d'établissement de la Compagnie des Indes Occidentales» cité dans *Édits, Ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, t.1, Québec, Fréchette, 1854-1856

*Guide de pratique de la Chambre des notaires*, dans *Guide de pratique et Tarif indicatif*, «Famille» - Document 1 - Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1995

GOODSON, J. F., *Pre-Nuptial Agreement Kit - Pre-Marriage Agreement*, firme LawForms, 1991

HURTUBISE, R., «La parenté dans les rapports amoureux : analyse d'un siècle de correspondances amoureuses au Québec», dans B. BAWIN-LEGROS et J. KELLERHALS (dir.), *Relations intergénérationnelles, parenté, transmission, mémoire*, Actes du Colloque de Liège, 17 et 18 mai 1990, Universités de Liège et de Genève, 1991, p. 115

LEMAY, V., J.-G. BELLEY, A. LABERGE et C. SAINT-MARTIN, *Protéger en négociant. Le défi de l'entente sur mesures volontaires avec les jeunes en troubles de comportements sérieux*, Rapport de recherche, Institut universitaire des centres jeunesse de Québec, Québec, juin 1998

Journal *La Presse*, 24 décembre 1990, p. A-14

Journal *La Presse*, 17 septembre 1997, p. A-14

MACDONALD, R.A., «Redéfinir le mariage», *Le Journal du Barreau*, vol. 31, n° 16, 1<sup>er</sup> octobre 1999, p. 26

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport du Comité des régimes matrimoniaux - Notes explicatives (Loi concernant les régimes matrimoniaux)*, Québec, Publications du Québec, 1968, p. 8, rapporté dans *Le manuel du notaire*, vol. 1, Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 1970

RIVET, M., «Document de travail : la séparation de fait entre époux», dans Office de révision du Code civil, *Document D/C/75*, septembre 1967

ROUSSEL, L., «L'évolution de la notion de couple en Europe», dans ASSOCIATION NATIONALE DES ASSISTANTS DE SERVICE SOCIAL, *Couple, famille et société*, X<sup>le</sup> congrès de l'A.N.A.S., Paris-Sorbonne, 1985, p. 15

ROUSSEL, L., «Démographie : deux décennies de mutations», document présenté à la 5<sup>e</sup> conférence mondiale de la Société internationale du droit de la famille, 8 au 14 juillet 1985, Bruxelles, Belgique, 1985

VALLIERES, R., «Où va le droit de la famille?», *Journal du Barreau*, Montréal, 1<sup>er</sup> août 1999, p. 14