

LE CODE CIVIL DU QUÉBEC ET LES CONCUBINS: UN MARIAGE DISCRET

par Dominique Goubau*
Ste-Foy

Traditionnellement, le concubinage n'a pas sa place dans le Code civil. À l'instar du droit social, le droit civil ne peut cependant plus ignorer cette forme de vie conjugale. C'est ainsi que le nouveau Code civil du Québec reconnaît certains effets à l'union hors mariage. Pourtant, cette reconnaissance demeure très timide. La retenue du législateur à l'égard des concubins se fonde sur l'idée de respect de l'autonomie de la volonté: ne sont soumis aux règles contraignantes de la conjugalité que ceux et celles qui choisissent de se marier. Mais le concubinage peut également avoir une dimension parentale. Le Code civil, en décrétant le principe de l'égalité entre tous les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance, affirme du même coup que les parents, quel que soit leur statut matrimonial, ont à l'égard de leurs enfants les mêmes responsabilités. Le présent texte fait cependant état d'un certain nombre d'inégalités persistantes qui font que les enfants nés hors mariage n'ont pas toujours les mêmes droits que les autres, par exemple en matière de présomption de paternité ou de protection de la résidence familiale. L'auteur en conclut que la dimension parentale du concubinage ne peut être ignorée dans les débats sur l'opportunité de créer ou non un statut pour les concubins dans le Code civil.

Traditionally, cohabitation outside marriage was not to be found in the Civil Code. However, following the lead of social law, civil law no longer ignores completely this form of conjugal life. Québec's new Civil Code thus recognizes that a common law relationship may have certain effects. Yet this recognition is slight and rather bashful. The hesitation on this issue is the result of the legislator's wish to respect individual preferences: only those who actually choose to be wed are to be submitted to the legal constraints of marriage. But cohabitation can often develop a parental dimension. And by decreeing the principle of equality amongst all children whatever the circumstances of their birth, the Civil Code by the same token acknowledges that all parents, whatever their matrimonial status, have the same responsibilities towards their children. The following text points out however a number of enduring inequalities which deny children born out of wedlock the same rights as other children, as in the case of the presumption of paternity and in the case of the protection of the family residence. The author

* Dominique Goubau, Professeur à l'Université Laval, avocat au Barreau de Québec, Ste-Foy, Québec. Ce texte s'inspire en partie du rapport national sur le thème «Les groupements dans la vie familiale» présenté par l'auteur au Congrès de l'Association Henri Capitant à Tokyo, mai 1994.

concludes that the parental dimension of cohabitation must not be ignored in debating whether or not a status for cohabitants should be created and introduced in the Civil Code.

Introduction	475
I. Union de fait et conjugalité	476
II. Union de fait et parentalité	479
Conclusion	483

Introduction

On a souvent dit du droit civil du Québec qu'il ne reconnaît pas l'union de fait. Mis à part l'exception notoire de l'article 768 du *Code civil du Bas-Canada*, qui faisait obstacle aux donations entre concubins mais qui fut aboli en 1981 (et qui de toute façon était interprété par les tribunaux avec beaucoup d'indulgence), le *Code civil du Bas-Canada* n'était pourtant pas hostile à l'égard des conjoints de fait. Disons qu'il se contentait de les ignorer. Aujourd'hui encore, lorsque le *Code civil du Québec* parle des «conjoints», ce ne sont que les époux mariés qu'il vise. Le droit social, en revanche, a dû s'adapter à l'évolution de la société. C'est ainsi que de nombreuses lois, notamment dans les domaines des accidents et des maladies professionnelles, de l'aide sociale, des régimes d'assurance sociale, etc., alignent le statut des conjoints de fait sur celui des époux mariés.¹ La question de l'opportunité d'un statut pour l'union libre dans le *Code civil* est rapidement devenue incontournable et elle revient régulièrement sur le tapis.² Elle a été posée clairement dans les années 70 à l'occasion des travaux de l'Office de révision du *Code civil* qui avait proposé l'instauration d'un droit alimentaire et successoral entre concubins.³ On sait que le législateur n'a pas donné suite à ces propositions lors de la réforme du droit de la famille en 1981.⁴

¹ Le statut des conjoints de fait en droit social a été amplement décrit et analysé par la doctrine. Voir, notamment, M. Gauthier, «L'union libre, un état de droit, un état de fait ou un état ambigu?», dans Formation Permanente, Barreau du Québec, *Nouveaux développements en droit familial — Les aspects économiques d'une rupture*, Cowansville, Yvon Blais, 1989 à la p. 223; M. Giroux et A. Laurent, «Portrait critique de l'union de fait en droit québécois», (1989) 20 R.G.D. 129; É. Deleury et M. Cano, «Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches», dans J. Rubellin-Devichi, dir., *Des concubinages dans le monde*, Paris, C.N.R.S., 1990 à la p. 284; S. Allard et al., «Le concubinage», *Répertoire de droit*, Famille-DocTrine-Document 3, avril 1993.

² Voir par exemple J. Pelletier, «Vers une nouvelle définition de la famille», dans Chambre des notaires du Québec, *Congrès 1994* à la p. 3; F. Lepage, «La famille et l'union libre font-elles bon ménage?», dans Pronovost, dir., *Comprendre la famille*, Ste-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1992, 199.

³ O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, Montréal, 1977 aux pp. 119 et 135.

⁴ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Il s'agit de la première étape de la réforme du Code civil avec l'entrée en vigueur du livre concernant le droit de la famille.

Le nouveau *Code civil du Québec*, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, ne prévoit pas non plus de véritable statut pour l'union de fait, même si, comme nous le verrons, une petite brèche a été taillée dans l'édifice. Aujourd'hui ce n'est pas tant la présence de ces quelques exceptions qui étonne, mais plutôt la timidité avec laquelle le nouveau *Code* aborde la question des conjoints de fait. Le présent texte n'entend ni broser le tableau du statut des conjoints de fait dans le droit québécois, ni présenter tous les arguments qui historiquement ont été développés en faveur ou à l'encontre de la création d'un véritable régime juridique civil du concubinage. D'autres l'ont fait efficacement avant nous.⁵ Cet exposé se contentera de décrire la petite place qu'occupent tout de même les concubins dans le *Code civil*, malgré l'absence de statut général. Une distinction importante doit être faite ici, selon que l'on envisage le concubinage comme une simple relation conjugale (I) ou comme un cadre familial avec une dimension parentale (II).

I. Union de fait et conjugalité

Le refus d'accorder (ou d'imposer) aux conjoints de fait un statut civil, qui se rapprocherait de celui des conjoints mariés, se fonde essentiellement sur le désir du législateur de respecter le choix fait par des adultes consentants qui, pour de multiples raisons, préfèrent ne pas être soumis aux effets du mariage. C'est donc bien le respect de l'autonomie de la volonté et de la liberté des conventions qui sous-tendent cette abstention législative, comme en témoignent d'ailleurs clairement les travaux parlementaires qui ont présidé à la réforme du droit de la famille.⁶

Dans leurs relations conjugales, les conjoints de fait échappent donc à l'écheveau de droits et d'obligations qui reviennent aux époux en mariage, que ce soit au chapitre du secours mutuel, des aliments, du patrimoine familial ou, encore, du partage des biens en cas de séparation. Ce sont, dès lors, les mécanismes de droit commun qui permettent d'encadrer, tant bien que mal, la cohabitation conjugale

⁵ *Supra* note 1.

⁶ À l'occasion des travaux de la commission parlementaire de la justice sur la réforme du droit de la famille en mars 1977, la plupart des mémoires soumis, demandaient au législateur de respecter le choix des couples par rapport au mariage (voir la déclaration gouvernementale à l'Assemblée nationale, Journal des Débats, 6^e session, 31^e législature, vol. 23, n^o 15 à la p. 608). À propos des raisons qui ont amené le législateur de 1981 à mettre de côté les propositions de l'O.R.C.C. sur cette question, voir notamment M. Giroux et A. Laurent, *supra* note 1; F. Lepage, G. Bérubé et L. Desrochers, *Vivre en union de fait au Québec*, 2^e éd., Québec, Les Publications du Québec, 1992.

On peut s'interroger sérieusement sur la pertinence actuelle de l'argument du respect de la volonté et de la liberté des conventions lorsqu'on constate que ces deux principes ont précisément été mis de côté à l'occasion de la création du patrimoine familial obligatoire. Ce patrimoine, on le sait, s'impose à tous les conjoints mariés, indépendamment de leur régime matrimonial et de leurs conventions matrimoniales. Que l'on soit partisan ou adversaire des règles du patrimoine familial obligatoire, on ne peut que constater que le législateur n'a pas, à l'égard des gens mariés, la même conception de l'autonomie de la volonté qu'à l'égard des concubins.

hors mariage. Le contrat de vie commune,⁷ la société tacite⁸ et l'enrichissement sans cause⁹ sont autant de mécanismes qui peuvent pallier, du moins en partie, l'absence de statut concubinaire formel. Quant aux aliments, la jurisprudence des tribunaux du Québec a depuis longtemps établi que, lorsque deux personnes font vie commune en dehors des liens du mariage, elles sont présumées être économiquement autosuffisantes, en dépit du fait qu'elles ne soient pas soumises à l'obligation alimentaire.¹⁰

Ceci ne signifie pas, cependant, que les concubins soient totalement absents du *Code civil*. De façon très éparse à travers le *Code*, quelques dispositions les reconnaissent indirectement et d'autres directement. Nous avons déjà mentionné que l'interdiction des donations entre concubins a été levée. Avec le nouveau *Code*, un autre obstacle a été évacué, en matière de responsabilité civile cette fois, par l'abolition de la règle de l'article 1056 du *Code civil du Bas-Canada*, ce qui permet désormais le recours direct en responsabilité en cas de décès du conjoint de fait (selon l'ancien *Code* ce recours n'existait qu'en faveur des ascendants, des descendants et des conjoints légitimes).¹¹

Dans d'autres secteurs, le *Code* étend l'application de certaines dispositions à des catégories de personnes dont la description, sans nommer expressément les concubins, permet cependant de les y inclure. C'est le cas du droit d'attribution préférentielle de la résidence du défunt au profit de l'héritier qui y résidait.¹² Cette disposition, on en conviendra, pourra s'appliquer en faveur du conjoint de fait survivant. C'est le cas également en matière de consentement aux soins médicaux: lorsqu'une personne est inapte à consentir elle-même aux soins, le consentement doit être donné par le mandataire désigné, le tuteur ou le curateur. Si le patient n'a pas de représentant, le consentement peut être donné par son conjoint marié et, à défaut ou en cas d'empêchement de ce dernier, par un proche

⁷ La Chambre des notaires du Québec propose à cet égard différents types de contrat de concubinage (*Les Cahiers*, vol. 8, n° IA, mars 1985).

⁸ Art. 2186 C.C.Q.; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984]1 R.C.S. 2.

⁹ L'arrêt *Peter c. Beblow*, [1992]1 R.C.S. 3, en confirmant notamment que les services domestiques fournis entre concubins peuvent faire l'objet d'une compensation financière au moment de la séparation, a donné, même au Québec, des perspectives nouvelles à la théorie de l'enrichissement sans cause entre conjoints de fait.

¹⁰ *Lajoie c. Therrien* (1971), C.A. 383; D. Goubau, «L'incidence du concubinage du créancier alimentaire sur son droit aux aliments» (1989) R. du B. 293 à la p. 301; le *Code de procédure civile*, art. 553(11) consacre d'ailleurs ce principe de soutien entre concubins puisqu'il édicte que la part saisissable du salaire d'un débiteur alimentaire varie selon que celui-ci a un conjoint à charge, «conjoint» englobant la personne avec laquelle le débiteur vit maritalement depuis trois ans ou depuis un an si un enfant est issu de leur union.

¹¹ Pour une analyse de cette nouvelle ouverture aux recours des conjoints de fait, voir en particulier J.L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 aux pp. 200-202 et C. Masse, «La responsabilité civile», dans Barreau du Québec, *La réforme du Code civil*, t. II, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993 aux pp. 269-270.

¹² Art. 857 C.C.Q.: «Sous réserve des droits du conjoint survivant, lorsque plusieurs héritiers demandent qu'on leur attribue, par voie de préférence, l'immeuble qui servait de résidence au défunt, celui qui y résidait à la préférence.»

parent ou par «une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier».¹³ Nul doute que cette catégorie, qui vient au bas de la hiérarchie des intervenants potentiels, vise également le conjoint de fait. La formulation d'une telle hiérarchie constitue une bonne illustration de la position du *Code civil* à l'égard des conjoints de fait: dans certains cas il ne peut plus les ignorer mais il les place alors en aval des conjoints mariés.¹⁴

Les seuls domaines où les concubins sont nommément cités par le *Code civil* sont celui du logement et celui de l'adoption.¹⁵ Il est expressément prévu qu'en matière de logement locatif, le concubin du locataire a le droit, en cas de séparation, au maintien dans les lieux. Mais pour être pris en considération, le concubinage doit démontrer une relative stabilité avant la séparation (en l'occurrence six mois).¹⁶ Le même droit est assuré au concubin du locataire décédé, sans exigence particulière, toutefois, quant à la durée de la vie commune.¹⁷ Ces dispositions, on le voit, ne concernent pas véritablement les relations conjugales des conjoints de fait mais visent plutôt à les protéger contre un tiers, le locateur. En matière de propriété par indivision, l'interdiction faite au propriétaire de reprendre un logement qui se trouve dans l'immeuble indivis est levée lorsqu'il n'y a qu'un seul autre propriétaire et que celui-ci est son conjoint ou son concubin.¹⁸ Le *Code* est cependant muet sur la définition de «concubin» et sur la durée nécessaire de cohabitation dans ce cas précis.

En conclusion de cette première partie, on peut donc constater que, abstraction faite des recours de droit commun et mises à part les quelques petites exceptions que nous venons de décrire et qui sont en réalité étrangères aux relations patrimoniales entre conjoints, le *Code civil* continue d'ignorer la vie conjugale hors mariage. Face à l'engouement contemporain pour l'union de fait et en présence de statistiques qui confirment le déclin du mariage,¹⁹ on peut être tenté

¹³ Art. 15 C.C.Q. L'expression «toute personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier» se retrouve également à l'article 269 C.C.Q. qui énumère les différentes personnes autorisées à demander en justice l'ouverture d'un régime de protection à l'égard d'une personne inapte. Ces règles ont été introduites en 1989 avec la réforme des régimes de protection des incapables: *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1985, c. 54.

¹⁴ En matière de soins, cette hiérarchie peut entraîner des problèmes pratiques puisque le concubin et le conjoint de droit pourraient bien se retrouver au chevet du même patient; voir É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 106.

¹⁵ Sur la question de l'adoption, voir la Partie II, ci-dessous, II. Union de fait et parentalité.

¹⁶ Art. 1938, al. 1 C.C.Q. Cette disposition du nouveau *Code* avait été introduite dans le C.C.B.C. en 1979 (*Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48).

¹⁷ Art. 1938, al. 2 C.C.Q.

¹⁸ Art. 1958 C.C.Q. Cette disposition du nouveau *Code* avait été introduite dans le C.C.B.C. en 1987 (*Loi modifiant la Loi sur la Régie du logement et le Code civil*, L.Q. 1987, c. 77).

¹⁹ Les démographes évaluent ces tendances par «l'indice synthétique de nuptialité des célibataires». Au Québec, cet indice qui était de 86% pour les hommes et de 84% pour les femmes en 1971, est actuellement en chute libre puisque pour l'année 1992 il n'était plus

de se demander si cette absence de statut civil contraignant n'est pas précisément à l'origine de la popularité croissante de la vie conjugale hors mariage. Les détracteurs du patrimoine familial obligatoire, qui, rappelons-le, s'impose aux conjoints mariés quel que soit leur régime matrimonial, ne manquent pas de pointer du doigt la «sur-réglementation» du mariage pour expliquer le déclin de l'institution.²⁰ Pourtant, s'il est vrai que le nombre de célébrations atteignait un creux historique de 32 059 mariages en 1990,²¹ il ne faut pas perdre de vue que le mouvement à la baisse de l'indice de nuptialité a commencé au début des années 70 et qu'il est constant depuis. D'autre part, soulignons également que, pour la majorité de ceux qui choisissent encore le mariage, cette institution semble représenter autre chose qu'une simple institution de droit civil, du moins si l'on peut se fier aux chiffres. Ainsi, en 1989 (année d'adoption de la loi sur le patrimoine familial) 72% des nouveaux mariés ont opté pour une célébration religieuse de leur mariage.²²

Quoi qu'il en soit, la question de l'impact du cadre législatif sur le choix du statut conjugal demeure posée. Il faut toutefois garder à l'esprit que l'intervention ou l'abstention de la loi à l'égard des relations conjugales hors mariage n'affectent que des adultes qui, en principe, ont fait le choix de vivre en dehors du cadre du mariage. Il en va autrement lorsque des enfants naissent de cette union. Le concubinage doit, dès lors, être analysé également dans ses dimensions parentales.

II. Union de fait et parentalité

Au chapitre de la parentalité, le *Code civil du Québec* innove pour mieux tenir compte de l'union de fait. Ainsi, il est désormais possible pour un père ou pour une mère de donner à son concubin un consentement spécial à l'adoption de son enfant,²³ alors qu'auparavant (et contrairement à ce qui prévalait entre conjoints mariés), ce consentement devait être général en ce qui concerne les concubins, ce qui impliquait nécessairement l'intervention du Directeur de la protection de la jeunesse. Mais ici encore, seul le concubinage d'une certaine stabilité est pris en considération puisque la cohabitation doit avoir duré au moins trois ans. De

que de 34% pour les hommes et de 38% pour les femmes (source: Secrétariat à la famille, *Familles en tête 1995-1997, Les défis à relever*, Québec, 1994 aux pp. 7-8). Si l'on fait abstraction des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon, le Québec est la province canadienne où le taux d'unions de fait est le plus élevé. Quant au Canada entier, les statistiques démontrent qu'entre 1986 et 1991, le nombre de couples déclarant vivre en union libre s'est accru de 49,1% (Statistiques Canada, catalogue 93-312 à la p. 8).

²⁰ Voir, par exemple, M. Provost, «Le mariage et l'union libre au Québec: quelle(s) politique(s) doit-on suivre à l'aube du XXI^e siècle?», dans G. Pronovost, dir., *Comprendre la famille: actes du 2^e Symposium québécois de recherche sur la famille*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université du Québec, 1994 aux pp. 127, 135.

²¹ Secrétariat à la famille, *Familles en tête, 2^e Plan d'action en matière de politique familiale 1992-1994*, Québec, 1992.

²² Pourcentage calculé à partir des données fournies dans A. Cossette, «Statistiques en matière de mariage», (1991) 89 R. du N. 536 à la p. 542.

²³ Art. 555 C.C.Q.

plus, lorsqu'une personne adopte effectivement l'enfant de son concubin, cette adoption ne rompt pas le lien de filiation entre l'enfant et ce concubin, alors que selon l'ancienne législation le concubin devait, dans pareille situation, se porter co-requérant à l'adoption de son propre enfant afin d'éviter la rupture du lien de filiation. Cette nouvelle disposition répond à la situation de plus en plus fréquente de familles reconstituées hors mariage dont le nouveau conjoint désire «officialiser» son statut de parent psychologique.

Le *Code civil du Québec* innove également au chapitre des nouvelles techniques de reproduction, afin de tenir compte, notamment, de la situation des familles vivant en dehors des liens du mariage. Ainsi, l'homme qui, dans un premier temps, consent à la procréation médicalement assistée et qui ensuite refuse de reconnaître l'enfant peut être condamné à indemniser la mère et l'enfant.²⁴ Dans ses commentaires officiels, le ministre de la Justice souligne que cette disposition trouvera toute son utilité dans le contexte du concubinage en raison de l'absence de présomption de paternité à l'égard du concubin.²⁵

Ces quelques nouvelles règles s'ajoutent au principe fondamental qui fut introduit en 1980 dans le *Code civil*, soit celui de l'égalité entre tous les enfants. Quelles que soient les circonstances de leur naissances les enfants ont les mêmes droits et les mêmes obligations. Ce principe est évidemment repris dans le nouveau *Code civil du Québec*²⁶ dont on peut dès lors affirmer qu'il reconnaît les concubins dans leur fonction de parents. Les conjoints de fait ont à ce titre des obligations et des droits identiques à ceux des parents mariés, que ce soit au chapitre de l'obligation alimentaire ou en matière d'exercice de l'autorité parentale. L'affirmation formelle du principe de l'égalité des enfants, «légitimes» ou «naturels», explique d'ailleurs en partie la raison pour laquelle les débats sur l'opportunité de prévoir ou non un cadre civil au concubinage se limitent souvent aux seules questions relatives à la dimension conjugale, au détriment de celles relatives à la dimension parentale. On semble prendre pour acquis que le statut des parents n'a plus aucun impact sur celui des enfants. L'égalité formelle des enfants ne devrait pourtant pas occulter le fait qu'il existe, encore à l'heure actuelle, des distinctions entre les droits des enfants et que celles-ci dépendent directement du statut matrimonial des parents.

Une différence fondamentale persiste *ab initio*, c'est-à-dire au stade de l'établissement du lien de filiation, condition essentielle de l'attribution des autres droits (aliments, éducation, droits successoraux, etc.). Cette différence tient au fait que hors mariage il n'existe pas de présomption de paternité dans le droit du Québec, contrairement à ce qui prévaut dans la législation de la presque totalité des provinces canadiennes.²⁷ Depuis plusieurs années la

²⁴ Art. 540 C.C.Q.

²⁵ *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993 aux pp. 326-327.

²⁶ Art. 522 C.C.Q.

²⁷ Parmi ces législations, qui instaurent une présomption de paternité à l'égard du conjoint de fait, certaines prévoient que la cohabitation doit avoir un caractère de permanence alors que d'autres, comme la loi du Nouveau-Brunswick, appliquent la

possibilité d'introduire dans le *Code civil* une présomption de paternité à l'égard du concubin est pourtant évoquée dans les différents plans d'action en matière de politiques familiales que publie périodiquement le gouvernement du Québec. Le dernier en date n'en fait cependant plus mention.²⁸

Le *Code* recèle également une inégalité, subtile mais réelle, lorsqu'il s'agit de la protection de ce que l'on pourrait appeler «l'environnement familial» des enfants et cette inégalité provient aussi directement du choix des parents quant à leur statut matrimonial. En mariage, la résidence familiale se voit protégée par un certains nombres de dispositions d'ordre public²⁹ alors que ces règles ne s'appliquent pas au conjoints de fait. L'expression la plus radicale de cette protection réside dans l'article 410 qui permet au tribunal d'attribuer à l'époux gardien de l'enfant un droit d'usage de la résidence familiale, indépendamment du titre de propriété et des autres règles concernant les effets patrimoniaux de la séparation.³⁰ Il en va de même pour les meubles qui servent à l'usage du ménage.³¹ Même s'il fait partie des effets obligatoires du mariage (que l'on a qualifié parfois de «régime primaire»),³² ce droit d'usage de la résidence familiale apparaît bien comme un accessoire au droit de garde, une protection de l'enfant et non pas une protection du conjoint.³³ Or, force est de constater que le *Code* ne prévoit pas pareille discrétion judiciaire à l'égard de la situation de l'enfant dont les parents ne sont pas mariés.

Malgré le silence du *Code* et malgré le fait que les tribunaux refusent, à juste titre, d'étendre aux concubins les dispositions qui sanctionnent les rapports juridiques entre époux,³⁴ il nous apparaît que, pour le cas précis de la résidence familiale, il existe un certain fondement juridique à étendre la possibilité de

présomption à l'égard de celui qui cohabite avec la mère au moment de la naissance: *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, art. 1; *Parentage and Maintenance Act*, S.A. 1990, c. P-0.7, art. 12; *Family Relations Act*, R.S.B.C.1979, c. 121, art. 61.2(1)(d); *Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c.F-20, art. 23(e); *Children's Law Act*, R.S.Nfld. 1990, c. C-13, art. 10(1)(e); *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C-12, art. 8(4); *Child Status Act*, R.S.P.E.I., 1988, c. C-6, art. 9(d); *The Children's Law Act*, S.S. 1990, c. 8.1, art. 45; *Child Welfare Act*, R.S.N.W.T., 1988, c. C-6, art. 82; *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c.22, art 12.

²⁸ Secrétariat à la famille, *Familles en tête 1995-1997, Les défis à relever*, Québec, 1994.

²⁹ Art. 401 à 413 C.C.Q.

³⁰ La règle de l'article 410 C.C.Q. a été créée en 1989 (*Loi sur le curateur public*, *supra* note 13).

³¹ Art. 410 C.C.Q.: En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité de mariage, le tribunal peut attribuer, à l'un des époux ou au survivant, la propriété, ou l'usage de meubles de son conjoint qui servent à l'usage du ménage. Il peut également attribuer à l'époux auquel il accorde la garde d'un enfant un droit d'usage de la résidence familiale. (...)

³² M. D. Castelli et É.-O. Dallard, *Le nouveau droit de la famille au Québec, Projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 67 et s.

³³ *Droit de la famille-980*, J.E. 91-721 (C.S.).

³⁴ *Droit de la famille-409*, J.E. 87-1209 (C.S.).

l'attribution du droit d'usage à l'union de fait, en raison du fait que cette règle vise la protection des enfants et non pas celle des conjoints. En effet, l'article 410 du *Code civil du Québec* est la consécration d'une jurisprudence qui permettait, déjà dans le seul cadre du divorce, l'attribution d'un droit d'usage de la résidence familiale au conjoint gardien, comme accessoire au droit de garde. Les tribunaux justifiaient cette règle en précisant que la notion de garde est indissociable de l'élément géographique, c'est-à-dire du lieu où s'exerce ce droit.³⁵ En l'absence de disposition législative spécifique, les tribunaux s'étaient donc appuyés sur la *Loi sur le divorce*, qui autorise le juge à rendre des ordonnances ayant trait à tout élément se rattachant à la garde, pour décider que cela pouvait aller jusqu'à l'attribution d'un droit d'usage de la résidence familiale, au nom de l'intérêt de l'enfant.³⁶ Le législateur québécois a intégré cette règle jurisprudentielle dans le *Code civil*. Mais la codification de celle-ci n'a pas pour but de restreindre le droit des enfants! Bien au contraire, elle vise à atténuer quelque peu les conséquences néfastes de l'éclatement de la famille. Étant donné que l'article 11 de la *Loi sur le divorce* de 1968 a reçu une interprétation libérale de la part des tribunaux, soucieux de l'intérêt de l'enfant, ne peut-on alors soutenir que les dispositions des articles 604 et 605 du *Code civil du Québec*³⁷ devraient permettre d'aboutir au même résultat, au nom de ce même intérêt et donc sans tenir compte du statut matrimonial des parents?³⁸ Face au silence du *Code civil*, la question mérite au moins d'être posée.

³⁵ *Droit de la famille*-245, J.E. 85-1007 (C.A.); *Droit de la famille*-579, (1989) R.J.Q. 51 (C.A.); *Droit de la famille*-745 (1990), R.J.Q. 204 (C.S.).

³⁶ *Loi sur le divorce* de 1968, S.R.C., 1970, c. D-8, art. 11. Dans *Droit de la famille*-245, *ibid.* le juge Bernier écrit qu'une telle ordonnance concerne l'intérêt de l'enfant, son administration et son éducation et qu'elle est donc de la compétence de la cour. Dans *Droit de la famille*-579 (1989), R.J.Q. 51 (C.A.), le juge Bisson constate que cette règle s'applique également sous la nouvelle loi du divorce de 1985 et que «c'est donc en relation avec la garde qu'on peut justifier l'attribution d'un droit d'habitation», même en l'absence d'une disposition spécifique l'autorisant.

³⁷ Ces dispositions invitent à trancher toute difficulté relative à l'exercice de l'autorité parentale dans le sens de l'intérêt de l'enfant et obligent les parents à contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de leurs facultés. En matière de garde, elles donnent au tribunal une mission identique à celle que prévoit la législation sur le divorce.

³⁸ Si des doutes subsistent à cet égard, ils devraient pouvoir être levés à la lumière de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. L'article 53 de la *Charte* invite à résoudre les doutes dans l'interprétation d'une disposition législative, dans le sens indiqué par la *Charte*, et donc à la lumière des articles 10 (discrimination fondée sur l'état civil) et 39 (droit de tout enfant la protection, à la sécurité et à l'attention de ses parents). Cette interprétation rencontrerait également le principe de l'égalité des enfants, indépendamment du statut de leurs parents, consacré par l'article 2 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (résolution n° 44/25, Doc. AGNU c. 3, 44^e sess. (1989)), ratifiée par le Canada le 11 décembre 1991 (Gouvernement du Canada, (1992) 3 *Recueil des traités*, Ottawa, 1992) et par laquelle le gouvernement du Québec s'est déclaré lié (*Décret concernant la Convention relative aux droits de l'enfant*, D. 1676-91, (1992)32 G.O.Q. II, 51 (09-12-91)).

Conclusion

Ce bref exposé permet de constater qu'au nom du respect de l'autonomie de la volonté, le *Code civil* reste fidèle à sa traditionnelle position «indifférence et non-ingérence» lorsqu'il s'agit de la dimension conjugale du concubinage. Par contre, en ce qui concerne la dimension parentale, on peut dire que, depuis le début des années 80, le *Code* a mis les concubins sur pied d'égalité avec les parents mariés. Derrière ce principe d'égalité se cachent cependant encore quelques exceptions qui démontrent que le statut matrimonial des parents entraîne malgré tout certaines inégalités entre les enfants. À celles déjà mentionnées, on pourrait ajouter la distinction qui résulte du fait que, contrairement à la législation des provinces de *common law* ainsi qu'à la *Loi sur le divorce*, le *Code civil du Québec* ne reconnaît pas le statut *in loco parentis*, avec pour résultat qu'au Québec, en cas de séparation d'une famille reconstituée hors mariage, le parent gardien ne pourra pas réclamer des aliments à son concubin qui aurait agi comme «parent psychologique», alors qu'en vertu de la *Loi sur le divorce*³⁹ cela est possible si ces conjoints sont mariés.

La question de savoir s'il doit y avoir une plus grande intervention du droit civil à l'égard des concubins acquiert une dimension nouvelle lorsqu'on constate qu'aujourd'hui plus de la moitié des enfants naissent hors mariage.⁴⁰ À l'instar du droit social, le droit civil pourrait bien, en matière de concubinage, se voir rattrapé par la réalité. La question est à nouveau posée, mais dans la perspective des enfants, cette-fois.⁴¹

Que l'on soit en faveur d'une telle intervention législative ou, au contraire, plutôt réfractaire à pareils changements, une chose est toutefois certaine: l'argument du respect de la volonté individuelle, qui était jusqu'à ce jour le fondement de l'abstention du *Code civil* à l'égard du concubinage, ne tient plus lorsqu'on envisage l'union de fait dans sa dimension parentale. Car aujourd'hui les droits et l'intérêt des enfants ne relèvent plus de l'ordre du privé.

³⁹ *Loi sur le divorce et les mesures accessoires*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.), art. 2.

⁴⁰ En 1971 les naissances hors mariages représentaient 8,2% des naissances totales, alors qu'en 1992 ce chiffre était de 43,4%. Pour la même année, 54% des enfants de premier rang sont nés hors mariage, ce qui est l'indicateur d'une tendance à la hausse pour les années à venir (source: Secrétariat à la famille, *Familles en tête 1995-1997*, *supra* note 19).

⁴¹ À titre d'exemple, mentionnons que le Conseil du statut de la femme proposait récemment que soit étudiée la question de l'opportunité de modifier le *Code civil* afin d'étendre la possibilité d'un droit d'usage de la résidence familiale à l'union de fait (C. Plourde, *Les partenaires en union libre et l'État, Résumé de l'avis du Conseil du statut de la femme*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1991).

Ordonnance accessoire et modificative concernant les enfants: caractéristiques et conditions — Portée des ententes: un arrêt de principe, *Willick c. Willick* [1994.] 3 R.C.S. 670.

Mireille D. Castelli*

Dans un jugement partagé (quatre contre trois) la Cour suprême s'est récemment prononcée sur les conditions de modification de la pension alimentaire des enfants établie par convention entre les ex-époux et entérinée par jugement. Les juges étaient toutefois unanimes sur la conclusion, leur divergence se manifestant au niveau de certains motifs.

Une lecture attentive de la décision montre que les différences d'approche importantes, et qui auraient pu avoir des conséquences capitales au niveau des règles dégagées relativement à la modification de la pension alimentaire des enfants, entraînent en fait peu d'effets — sauf peut-être d'une manière très détournée —, non seulement au niveau de la solution apportée concrètement au pourvoi, mais aussi au niveau des principes mêmes des conditions de la modification de la pension alimentaire des enfants.

La décision intervient dans le contexte suivant. A la suite de l'importante augmentation des revenus du père, survenue après que le divorce ait été prononcé et la convention conclue entre les époux eut été entérinée et avant la date prévue pour le renouvellement de la convention — soit deux ans après au lieu de trois —, la mère demande une augmentation de la pension alimentaire payée par la père pour les enfants, augmentation qui a été accordée en première instance. La Cour d'appel, estimant que le juge de première instance avait commis une erreur "en ne se demandant pas d'abord s'il était survenu un changement important dans les besoins des enfants et la situation des parties",¹ a accueilli l'appel.

La Cour suprême, à l'unanimité, infirme l'arrêt de la Cour d'appel et rétablit la décision du juge de première instance. Deux juges ont rédigé une opinion: M. le juge Sopinka, à l'opinion duquel se rallient les juges La Forest, Cory et Iacobucci, et Mme la juge L'Heureux-Dubé, aux motifs de laquelle souscrivent les juges Gonthier et McLachlin.

Deux questions étaient soulevées par ce pourvoi: la première avait trait au pouvoir du tribunal " (d')examiner et (de) corriger l'ordonnance initiale prononcée au profit des enfants" et à la mesure dans laquelle le tribunal devait "s'estimer lié par cette ordonnance lorsqu'il lui faut décider s'il y a lieu de modifier le montant présentement payé à ce titre";² la deuxième avait trait à la détermination des conditions justifiant la modification d'une ordonnance alimentaire conformément à l'article 17 (4) de la *Loi sur le divorce*, à savoir si

* Mireille D. Castelli, professeure à la Faculté de droit, Université Laval, Ste-Foy, Québec.

¹ *Willick c. Willick* (1992), 100 Sask. R. 211 à la p. 213 (C.A.).

² *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670 à la p. 683, M. le juge Sopinka.

l'octroi d'une telle modification nécessite la preuve d'un "changement important dans les besoins des enfants et la situation des parties".³

Mais avant de trancher ces questions précises relatives aux conditions de la modification des pensions alimentaires des enfants, les juges ont abordé les problèmes préalables des règles d'interprétation applicables au texte mis en cause. Et ce sont à propos de ces problèmes qu'il y a divergence. Cette divergence reste sans grand impact sur la solution concrète des questions soulevées par le pourvoi, mais elle pourrait se révéler lourde de conséquences si la tendance amorcée était maintenue.

I. Règles d'interprétation des textes et divergences

A. Opinion de Mme la juge L'Heureux-Dubé

Mme la juge L'Heureux-Dubé situe d'emblée l'interprétation de toute disposition législative dans une démarche contextuelle. Une telle démarche est, selon elle, nécessaire pour permettre des interprétations "conforme(s) aux valeurs de la Charte",⁴ interprétations dont la Cour suprême elle-même a antérieurement établi qu'elles "doivent être préférées aux interprétations qui seraient incompatibles avec ces valeurs".⁵ Or, parmi ces valeurs se trouve la non-discrimination et "notre Cour a fermement établi que l'existence d'une discrimination dépend de l'effet d'une mesure ou d'une politique donnée".⁶

Aussi, outre les éléments retenus par la majorité et qui concernent les éléments constituant à proprement parler un "changement", fait-elle un rappel du phénomène de la pauvreté des enfants et une étude assez approfondie de certaines de ses causes, dont celles reliées à la détermination de la pension alimentaire: [...] "sous-estimation générale des coûts liés à l'entretien et à l'éducation des enfants"⁷ et oubli des coûts cachés,⁸ tous éléments dont les tribunaux devraient prendre connaissance d'office.⁹

Elle considère donc que les ordonnances modificatives doivent tenir compte de cette réalité sociale: "Les tribunaux fixent souvent le montant de la pension principalement en fonction des ressources du débiteur et non en fonction des besoins des enfants", car "la réalité du divorce pour de nombreuses familles est l'insuffisance des ressources financières au moment du divorce pour répondre aux besoins des enfants";¹⁰ pourtant, dans les faits, "les tribunaux

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.* à la p. 706, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

⁵ *Ibid.* à la p. 705; *Hills c. Canada*, [1988] 1 R.C.S. 513 à la p. 558; *Slaight Communications c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038 à la p. 1078; ce principe a été rappelé par M. le Juge Sopinka lui-même dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 1 à la p. 107.

⁶ *Ibid.* à la p. 706.

⁷ *Ibid.* à la p. 710.

⁸ *Ibid.* à la p. 718.

⁹ *Ibid.* à la p. 703.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 717.

partent du postulat que les montants octroyés à l'origine et qui se caractérisent par leur faiblesse, étaient suffisants au moment où ils ont été fixés".¹¹

Quant aux coûts cachés, qui pèsent principalement sur le parent gardien, il n'en est généralement pas tenu compte.

Mme la juge L'Heureux-Dubé considère donc que, lors d'une demande de modification de pension alimentaire pour les enfants, "une fois satisfait aux conditions de modification, la situation des parties et de leurs enfants peut être réexaminée pour établir d'une façon réaliste l'effet global du changement sur le montant de la nouvelle ordonnance"¹² — point sur lequel il ne semble pas y avoir de divergence réelle avec les juges de la majorité¹³ —, et ce montant devrait tendre "à prendre adéquatement en considération la complexité et le contexte social de la question des aliments pour enfants",¹⁴ donc être établi en prenant en considération le fait de la sous-évaluation quasi automatique des besoins des enfants par les tribunaux et l'obligation de tenir compte des coûts cachés, considérés comme ayant vraisemblablement été omis lors de l'ordonnance antérieure — ce qui revient à détruire de manière indirecte la présomption établie et retenue que l'ordonnance antérieure était adéquate.

C'est à l'égard de cette démarche que les juges de la majorité sont réticents.

B. *La position des juges de la majorité*

Les éléments d'interprétation à l'égard desquels se prononce le juge Sopinka sont au nombre de trois et son opinion va de l'accord à la réticence en passant par la simple abstention.

Il y a d'abord celui concernant l'approche contextuelle de l'interprétation des dispositions légales, à l'égard de laquelle il affirme "ne pas être en désaccord" et sur laquelle il dit s'être appuyé,¹⁵ même si rien n'est élaboré sur la question dans son opinion.

Le deuxième élément concerne la prise en considération d'office par les tribunaux des éléments extrinsèques à l'égard duquel aucune opinion — sauf le refus de prendre position — n'est émise ni même sous-entendue.

Enfin le dernier élément concerne l'utilisation de la *Charte* "comme outil d'interprétation dans le cas où les autres règles d'interprétation font clairement ressortir l'intention du législateur", et alors que la constitutionnalité de la disposition législative n'est pas discutée par les parties. À l'égard de cet élément, la majorité, tout en estimant "qu'il n'est pas nécessaire (...) d'examiner

¹¹ C. Rogerson, "Winning the Battle, Losing the War: The Plight of the Custodial Mother After Judgement" in M.E. Hughes et E.D. Pask, eds, *National themes in Family Law*, Carswell, Toronto, 1988 aux pp. 285, 286, cité par Mme la juge L'Heureux-Dubé à la p. 717.

¹² *Supra* note 2 à la p. 736.

¹³ *Ibid.* à la p. 691.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 739.

¹⁵ *Ibid.* à la p. 679.

(ces) larges questions”, exprime “d’importantes réserves”, en raison du fait que “le résultat serait d’empêcher le législateur d’exercer pleinement ses pouvoirs comme le lui permet l’article premier”.¹⁶

Toutefois ces divergences quant à l’approche de l’interprétation sont restées sans impact concret en l’espèce et ce, même au niveau des principes concernant les conditions de la modification de la pension d’un enfant.

II. *Les conditions de la modification: accord (presque) parfait*

Relativement à la première question, soulevée par le pourvoi et ayant trait au pouvoir du tribunal de modifier l’ordonnance initiale ou de s’estimer lié par elle lorsqu’elle entérine une convention relative à des mesures concernant les enfants, les juges de la Cour suprême sont unanimes dans leurs conclusions et dans leurs motifs. Ils ne font d’ailleurs que rappeler un principe déjà très fermement et très clairement établi: dans un tel cas, le tribunal n’est pas lié par les termes d’une convention de séparation¹⁷ et l’effet restrictif des conventions entre époux relativement au pouvoir discrétionnaire des tribunaux “ne s’applique pas aux aliments destinés aux enfants”.¹⁸ La solution, ainsi que le rappellent aussi bien M. le juge Sopinka que Mme la juge L’Heureux-Dubé, avait été déjà très clairement indiquée dans l’arrêt *Richardson c. Richardson*:

Le fondement juridique de la pension alimentaire de l’enfant est l’obligation mutuelle qu’ont les parents de subvenir aux besoins de leurs enfants(...) Pour cette raison, le conjoint ne peut aliéner le droit de son enfant à des aliments dans une convention.¹⁹

Or “l’attente raisonnable des enfants après la rupture du mariage est conditionnée par le niveau de vie des parents à ce moment. Cette attente n’est pas figée à la date de la rupture du mariage”²⁰ car ils ont droit à “l’amélioration du mode de vie des parents ou de l’un d’eux”,²¹ même si “un changement important dans la richesse du conjoint débiteur ne leur confèrera pas en soi le droit à une hausse leur permettant de vivre dans le luxe uniquement pour égaler le niveau de vie de leur parent”,²² affirmation à laquelle fait écho celle de L’Heureux-Dubé J.: “Si le revenu d’un parent excède amplement le revenu moyen, les enfants n’ont pas, de ce seul fait, droit à tout le luxe qu’ils désirent”.²³

Les juges sont également unanimes quant à la présomption, lors d’une demande en modification, du caractère adéquat de la pension entérinée par le

¹⁶ *Ibid.* à la p. 680.

¹⁷ *Ibid.* à la p. 686, M. le juge Sopinka, rappelant *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857 aux pp. 869, 870.

¹⁸ *Willick, ibid.* aux pp. 686, 727, 728.

¹⁹ *Richardson, supra* note 17.

²⁰ *Willick, supra* note 2 à la p. 691, M. le juge Sopinka.

²¹ *Ibid.* à la p. 690, M. le juge Sopinka; Mme la juge L’Heureux-Dubé à la p. 738: “ceux-ci (les enfants)... sont en droit de bénéficier de l’amélioration du mode de vie de leurs parents si les circonstances le permettent.”

²² *Ibid.* à la p. 693, M. le juge Sopinka.

²³ *Ibid.* à la p. 738.

jugement initial: "Entre les parties, la convention constitue une forte preuve qu'à l'époque chacune d'elles en a accepté les modalités parce qu'elle estimait qu'elles pourvoient adéquatement aux besoins des enfants", que si elle a été incorporée dans le jugement du tribunal, comme il incombe de par la loi à ce dernier de "s'assurer de la conclusion d'arrangements raisonnables pour les aliments des enfants à charge",²⁴ "il faut donc présumer que tant que les dispositions du jugement du tribunal ne sont pas infirmées, cette obligation a été remplie et qu'à la date où il a été rendu, le jugement contenait des arrangements raisonnables pour les aliments des enfants"²⁵ et que l'ordonnance dont on demande la modification "représentait une évaluation exacte des besoins des enfants eu égard aux ressources des parents",²⁶ la modification devant refléter les changements démontrés.

La position de Mme la juge L'heureux-Dubé, qui semblerait à première vue devoir se révéler plus interventionniste face à une telle entente entérinée par jugement, en raison de tout le rappel contextuel dans lequel elle situe son interprétation, revient en fait, et malgré la réticence qu'elle semble manifester, au même: "(...) les aliments des enfants sont réputés raisonnables au moment où ils sont octroyés".²⁷

Cette présomption étant posée, les juges sont aussi unanimes sur l'ordre dans lequel doivent être abordées les questions: il faut d'abord avoir établi l'existence du changement exigé par l'article 17 avant de décider des modifications à apporter à l'ordonnance initiale. Tous écartent aussi l'exigence que soit prouvée une modification dans la situation du conjoint débiteur *et* de l'enfant,²⁸ d'autant plus que, ainsi que le souligne le juge Sopinka, "il peut y avoir changement important dans la relation entre les facteurs du fait que cette relation est modifiée si l'un d'eux subit un changement".

Une différence se manifeste toutefois au niveau de la qualification du changement exigé: M. le juge Sopinka exige un changement "important",²⁹ alors que Mme la juge L'Heureux-Dubé se contente d'un changement suffisant, estimant que "le caractère de la «suffisance» du changement devrait être plus facilement rempli dans les cas où il est satisfait inadéquatement ou de façon minimale aux besoins des enfants et où, dans l'ensemble, une modification améliorerait leur situation".³⁰ Il faut souligner que, techniquement parlant, la formulation utilisée par le juge Sopinka, "modification importante", semble non seulement plus restrictive, mais qu'elle *ajoute* au texte de l'article 17. Cette différence de qualification du changement exigé pourrait, éventuellement, même si ce n'est pas le cas en l'espèce, entraîner dans d'autres circonstances des solutions fort différentes. Il faut toutefois rappeler que l'on considère

²⁴ *La Loi de 1985 sur le divorce*, R.S.C. 1985, c. D-3.4, art. 11(1)b).

²⁵ *Willick*, *supra* note 2 à la p. 687, M. le juge Sopinka.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.* à la p. 738.

²⁸ *Ibid.* à la p. 688, M. le juge Sopinka et à la p. 731, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

²⁹ *Ibid.* à la p. 689.

³⁰ *Ibid.* à la p. 732.

traditionnellement que les faits considérés comme constituant un changement important varieront selon la situation des parties, et notamment les ressources des uns et des autres.³¹ Si l'on continue à donner la même portée à l'expression "changement important", la position du juge Sopinka se rapprochera donc fort, dans les faits, de celle de la juge L'Heureux-Dubé.

Une autre divergence, plus apparente que réelle aussi, apparaît lorsque le tribunal en vient à la conclusion qu'il y a eu un changement suffisant pour justifier une modification de l'ordonnance accessoire. Elle a trait à la prise en considération du contenu de la convention entérinée.

Mme la juge L'Heureux-Dubé estime que, "[i]ndépendamment du fait que les aliments des enfants sont réputés raisonnables au moment où ils sont octroyés, la modification doit être examinée en considérant que les arrangements *pouvaient* n'être raisonnables qu'eu égard aux ressources et à la situation générale des parties au moment où ils ont été conclus",³² en raison du droit des enfants à bénéficier de l'augmentation du niveau de vie d'un de leur parent, ou du fait que leurs besoins avaient été restreints ou répartis pour tenir compte de l'insuffisance notable des revenus d'un des parents, éléments qui sont eux aussi retenus par la majorité.³³

C'est la raison pour laquelle la juge L'Heureux-Dubé estime que "l'ordonnance modificative doit aller au-delà du simple changement justifiant la modification".³⁴

M. le juge Sopinka, lui, estime qu'une fois le changement établi, le juge de première instance "doit réévaluer les besoins des enfants compte tenu du changement".³⁵ Cette formulation est ambiguë. Entend-il limiter la possibilité d'évaluation du juge à l'impact du changement ou permettre une réévaluation compte tenu de la situation? Cette seconde solution semble la plus vraisemblable en regard de la version anglaise des motifs et en raison de la relation qu'il établit entre les droits et besoins des enfants et les ressources de l'un et l'autre parents. Ainsi cette divergence serait plus apparente que réelle.

III. Portée de l'arrêt

L'arrêt manifeste un grand décalage entre l'apparente importance des divergences de vue et la relative faiblesse des effets qui en découlent, quant aux principes dégagés relativement à l'octroi d'une ordonnance modificative des aliments pour les enfants, puisque les conséquences que Mme la juge L'Heureux-Dubé tire de son approche peuvent fort bien être intégrées parmi les éléments d'appréciation d'un jugement de révision sans être en contradiction avec l'opinion de la majorité, dès lors que le changement crée des coûts cachés ou en

³¹ *Droit de la famille québécois*, C.C.H.A.F.M., P35-924 à la p. 3,658 pour les demandes de révision des mesures accessoires et P 35 310 à la p. 3,556 pour les demandes de modification des conventions.

³² *Willick*, *supra* note 2 à la p. 738.

³³ *Ibid.* aux pp. 688, 689, 690, 691.

³⁴ *Ibid.* aux pp. 736-737.

³⁵ *Ibid.* à la p. 691.

augmenter l'importance ou que les ressources disponibles lors de la détermination initiale de la pension étaient insuffisantes pour couvrir la totalité des coûts. Il pourrait par contre en aller très différemment dans les rares cas où, dès l'origine, les ressources des parents auraient été amplement suffisantes pour couvrir tous les coûts et c'est dans une situation de ce type que pourra éclater la différence concrète entre les deux positions.

Il faut toutefois souligner que les effets auraient pu être beaucoup plus graves. En effet, l'opinion de Mme la juge L'Heureux-Dubé manifeste une sorte de cassure dans la logique de son argumentation: toutes les prémisses, ayant trait à l'interprétation contextuelle et à l'obligation de tenir compte de la portée sociale et des connaissances révélées par les études sociales, sembleraient devoir déboucher sur une conclusion affirmant très nettement la possibilité de la prise en considération d'office par les tribunaux, au niveau des demandes de modification, de cette omission générale des coûts cachés lors des jugements d'aliments accordés pour les enfants, comme élément donnant ouverture à la modification.

Mais cette ébauche de raisonnement semble avoir été arrêtée par l'existence de la présomption, acceptée par elle tout comme par le juge Sopinka, que les aliments accordés par jugement sont réputés être raisonnables au moment où ils ont été octroyés³⁶ à moins que la décision ne soit infirmée;³⁷ elle limite donc, dans la cadre d'une demande en modification de pension, la portée pratique de l'étude faite, à la prise en considération de ces éléments pour l'établissement du montant des aliments par le biais de la réouverture de l'étude générale de la situation des enfants et des parents:

Il serait donc artificiel de restreindre l'analyse d'une requête en modification strictement au changement particulier qui a déclenché la requête sans examiner l'effet de ce changement sur d'autres facteurs relatifs au montant des aliments des enfants. Au stade de la requête en modification, ce montant devrait tendre à prendre adéquatement en considération la complexité et le contexte social de la question (...)³⁸

Cette formulation laisse sous-entendre que pour elle, et malgré l'affirmation de principe selon laquelle le jugement initial évaluait avec exactitude les besoins des enfants, tel n'était sans doute pas le cas, et que cette lacune devrait être corrigée. C'est pourquoi elle précise un peu plus loin:

Enfin, s'il est nécessaire d'évaluer la situation présente des parties et des enfants, cet examen devrait considérer les coûts directs et cachés de l'entretien des enfants.³⁹

Ainsi la longue étude contextuelle faite par Mme la juge L'Heureux-Dubé semble avoir principalement un impact de sensibilisation aux réalités sociales et aux lacunes qui apparaissent dans les éléments pris en considération par les décisions ayant trait aux aliments des enfants du fait notamment des coûts indirects et des coûts cachés.

³⁶ *Ibid.* à la p. 738, Mme la juge L'Heureux-Dubé et à la p. 378, M. le juge Sopinka.

³⁷ *Ibid.* à la p. 387.

³⁸ *Ibid.* à la p. 747, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

³⁹ *Ibid.* à la p. 748.

Ce n'est que très indirectement, et en raison du fait qu'elle considère que, lorsqu'il y a lieu à modification de l'ordonnance alimentaire, il faut "examiner l'effet de ce changement sur d'autres facteurs susceptibles d'influer sur le montant de leur pension", qu'elle conclut que "ce montant devrait tendre à prendre adéquatement en considération la complexité et le contexte social de la pension des aliments pour enfants".⁴⁰

Cet arrêt clarifie ainsi des points sur lesquels des doutes existaient depuis la trilogie *Pelech*: celle de la possibilité pour les juges de modifier le contenu d'une entente entre ex-conjoints relativement à la pension des enfants, aussi bien lors du jugement initial que lors de demandes en modification. Il détermine aussi les conditions nécessaires pour obtenir une modification. Et sur ces questions, il y a unanimité.

Quant aux principaux points de divergence, comme, en l'espèce, la détermination des modalités d'interprétation n'était pas indispensable à la solution directe de l'affaire, les opinions émises constituent, qu'il s'agisse de celles de la majorité ou de la minorité, des *obiter dicta*. Il est bien certain cependant qu'elles sont révélatrices de tendances qui pourraient constituer dans le futur la jurisprudence de la Cour suprême.

Les choix des juges de la majorité relèvent tous, en fait, de la même tendance, celle d'une attitude de réserve. Réserve limitant la prise de position aux seuls éléments indispensables à la résolution du litige et refus de prendre position relativement à l'obligation des tribunaux de prendre connaissance d'office des documents ayant trait au contexte économique et social. Réserve quant à la référence à la Charte comme élément d'interprétation des dispositions législatives dont la constitutionnalité n'est pas mise en cause.

La portée du refus des juges de la majorité de se prononcer sur les motifs de Mme la juge L'Heureux-Dubé est cependant très différente selon les points abordés: la réticence exprimée à propos de l'interprétation des textes à l'ombre de la *Charte*, lorsque la constitutionnalité de la disposition n'est pas soulevée et que les autres règles d'interprétation font clairement ressortir l'intention du législateur,⁴¹ est révélatrice d'une tendance qui pourrait devenir une règle d'interprétation, et qui tend à restreindre l'approche amorcée dans la jurisprudence antérieure. Un risque pourrait découler de cette solution: celui d'introduire un manque d'uniformité dans les interprétations possibles d'un texte: il y aurait celles indépendantes de la *Charte*, et celles reliées à l'esprit de la *Charte*, selon que la constitutionnalité de la disposition serait ou non mise en cause.

Du refus de se prononcer sur l'obligation pour les tribunaux de prendre connaissance d'office des éléments du contexte socio-économique, on ne peut inférer puisqu'aucune opinion n'est émise quant à cette solution.

Par contre, il faut souligner l'importante portée pratique que devrait avoir l'étude détaillée faite par Mme la juge L'Heureux-Dubé relativement à toutes

⁴⁰ *Ibid.* à la p. 739.

⁴¹ *Ibid.* à la p. 679, M. le juge Sopinka.

les questions relatives à l'établissement des pensions pour enfants: fréquence de la fixation de ces pensions en fonction du plafond imposé par le manque de ressources du débiteur et non en fonction des besoins; sous-évaluation ou omission des coûts cachés ou non. Même si cette étude se trouve incluse dans l'opinion minoritaire, elle trace des paramètres qui permettront aussi bien l'acceptation d'un changement de la situation comme justifiant une modification de la pension — en raison du fait que, sans remettre en cause la présomption du caractère valable de la pension établie dans le jugement initial, on ne saurait présumer que la pension a pu couvrir tous les coûts —, que le calcul plus adéquat de cette nouvelle pension — point sur lequel les juges sont d'ailleurs unanimes. Son étude contextuelle peut d'ailleurs fortement influencer le contenu même des ordonnances initiales qui seront prononcées ultérieurement, par le rappel des omissions actuellement existantes.

Enfin, elle contient un rappel fort intéressant de l'intérêt de distinguer, dans l'ordonnance, pension pour les enfants et pension pour l'ex-conjoint, et de préciser si le montant fixé par l'ordonnance a été fondé sur les besoins des enfants ou sur les ressources limitées ou excédentaires de l'un ou l'autre parent, puisque cet élément sera capital pour déterminer le niveau de changement nécessaire pour permettre une modification de l'ordonnance initiale.

Ainsi, l'opinion minoritaire de Mme la juge L'Heureux-Dubé ne devrait pas rester sans portée pratique ... et les modifications qui devraient en résulter dans les faits suffiraient largement à accomplir en grande partie le but recherché par sa prise de position.

Les successions.

Par GERMAIN BRIÈRE.

Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

Cowansville, Yvon Blais, 1994. Pp. 1226. (\$95,00)

Compte rendu de Pierre Ciotola*

Le professeur Brière a publié récemment son ouvrage sur *Les Successions* aux Éditions Yvon Blais, dans la collection du *Traité de droit civil* sous la responsabilité du professeur Crépeau;¹ il a également publié son précis sur *Le nouveau droit des successions* chez Wilson & Lafleur, dans la Collection bleue sous la responsabilité du professeur Caparros.²

Ces deux ouvrages ont comme objectif l'analyse du droit des successions en fonction du *Code civil du Québec*. Le précis rejoint davantage la clientèle étudiante en fonction de son prix plus abordable. En cela, l'auteur n'oublie pas son attachement à l'enseignement; il poursuit sous le *Code civil du Québec* le travail remarquable qu'il avait accompli sous le *Code civil du Bas-Canada* par la publication de cours polycopiés, devenus par la suite des précis dans la Collection bleue, sur le droit des successions et des libéralités. De même, le professeur Brière avait déjà publié dans la collection du *Traité de droit civil* l'ouvrage sur le droit des successions.³ Ces ouvrages, précis et traités, permettent l'analyse tant de l'ancien que du nouveau droits des successions. Ce compte rendu porte essentiellement sur la nouvelle édition de ce traité. Nous ne pouvions toutefois passer sous silence le précis dans la Collection bleue, condensé de son ouvrage majeur qu'est le traité publié sous la responsabilité du Centre de recherche en droit privé et comparé.

La note préliminaire, sous la plume du professeur Crépeau, présente le traité sur les successions en ces termes tout à fait appropriés:

Aujourd'hui, l'ouvrage du P^r Brière — le premier ouvrage du *Traité de droit civil* à la lumière du nouveau droit civil — veut, par une constante comparaison des règles et des régimes, présenter, dans le style clair et limpide qui lui est caractéristique, le droit des successions dans un contexte évolutif et selon une perspective dynamique, permettant ainsi au lecteur à la fois de prendre, par le rappel du passé, la vraie mesure de la réforme et de mieux faire connaître la lettre et l'esprit du nouveau droit des successions.⁴

* Pierre Ciotola, de la Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec.

¹ G. Brière, *Les successions*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1994 [ci-après *Traité*].

² G. Brière, *Le nouveau droit des successions*, Collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994.

³ G. Brière, *Les successions*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1990.

⁴ Voir *Traité*, *supra* note 1, note préliminaire, VII.

Ces commentaires soulignent les traits essentiels de ce traité, la clarté de la présentation, l'analyse à la fois historique, évolutive et dynamique de la règle de droit et l'étude prédominante du nouveau droit.

La clarté de la présentation dépend en bonne partie de la qualité du style de l'auteur. Elle dépend aussi et beaucoup de la confection matérielle de l'ouvrage. Le plan retient les divisions majeures du livre troisième du *Code civil du Québec*. Les divisions de développement interne, sections, sous-sections et paragraphes, sont également empruntées, quant à leur ordre séquentiel, à leur présentation au *Code civil du Québec*. Les diverses tables — table des matières, table des textes législatifs, table des arrêts sous les noms tant du demandeur que du défendeur, table de la jurisprudence française citée en appoint, bibliographie générale présentée sous diverses rubriques, — ont été colligées avec grand soin. La numérotation des paragraphes facilite la consultation de l'ouvrage. Il en va de même pour les notes infrapaginales, numérotées d'après les paragraphes de l'ouvrage.

Le droit des successions y est présenté de façon dynamique: la règle de droit y est étudiée dans une perspective historique et évolutive. Le professeur Brière expose de façon systématique et comparative tant la règle de l'ancien droit que le principe préconisé par le nouveau droit. Son analyse sait intégrer également les interprétations soutenues par la doctrine et la jurisprudence de l'ancien droit en rapport avec le principe retenu par le nouveau droit. On peut constater effectivement la minutie de l'auteur à étudier ces diverses étapes, toutes importantes dans la compréhension et dans l'interprétation de la règle de droit. Les dispositions pertinentes de l'ancien droit, les recommandations de l'Office de révision du Code civil, les diverses solutions envisagées par les projets de loi qui ont abordé la réforme des successions, les travaux parlementaires, les mémoires des chambres professionnelles, sont tous présentés dans le cadre de la justification de la règle de droit retenue par le *Code civil du Québec*.

Ce traité comporte d'abord une introduction des plus intéressantes, consacrée à l'évolution historique du droit successoral. L'introduction présente un bref aperçu du droit romain et de l'ancien droit français, un exposé sommaire de l'état du droit successoral au Bas-Canada avant la codification, une analyse de l'oeuvre des codificateurs du siècle dernier et des principales modifications apportées au *Code civil du Bas-Canada* depuis son entrée en vigueur le 1er août 1866.⁵

Le titre premier précise le moment et le lieu de l'ouverture de la succession; il identifie les qualités requises pour succéder.⁶ Le titre deuxième analyse certaines questions reliées à la transmission successorale, soit la saisine, la pétition d'hérédité et les diverses options.⁷ Le titre troisième traite de la

⁵ *Ibid.* nos 1-40.

⁶ *Ibid.* nos 41-108.

⁷ *Ibid.* nos 109-216.

dévolution légale des successions:⁸ y sont exposés les principes de la vocation successorale et les droits des différents ordres de successibles.

Le titre quatrième est réservé au testament sous ses aspects essentiels: nature, conditions de validité, contenu, révocation et vérification.⁹ Dans ce titre, le plan suivi diffère de celui du *Code civil du Québec*. L'auteur rappelle la prédominance de la succession testamentaire comme corollaire de la liberté de tester. Il aborde en premier lieu la nature du testament, comme acte gouverné par la liberté traditionnelle de tester mais limité dans son contenu par les contraintes nouvelles de la protection du conjoint (patrimoine familial, prestation compensatoire, survie de l'obligation alimentaire) et par les exigences croissantes de l'ordre public. La validité du testament est abordée sous les aspects classiques du fond et de la forme. Les conditions de fond du testament touchent les questions usuelles de la volonté de tester, de la capacité de tester, des conditions et charges imposées par le testateur. Le contenu du testament examine les legs, tant dans leur classification que dans leur portée. Les divers motifs de caducité, nullité et révocation des legs sont exposés de façon détaillée.

Le titre cinquième a pour objet l'administration de la succession et la liquidation du passif; sont analysées successivement la liquidation et la séparation de patrimoines, le liquidateur de la succession,¹⁰ le paiement des dettes et des legs particuliers et la fin de la liquidation.¹¹ Ce titre aborde d'ailleurs les innovations majeures par rapport à l'ancien droit: l'institution de la liquidation dans toute succession, *ab intestat* ou testamentaire, et la reconnaissance de plein droit de la séparation de patrimoines. C'est d'ailleurs au chapitre du paiement des dettes et des legs particuliers que sont exposés les paiements de la prestation compensatoire et de la créance alimentaire. Le titre sixième étudie la liquidation de l'actif successoral sous deux aspects fondamentaux, d'abord l'état provisoire d'indivision puis les règles de partage.¹² Sont analysées de façon détaillée les possibilités de surseoir au partage et de maintenir ainsi l'état d'indivision pendant un certain temps, les possibilités d'attributions préférentielles de certains biens de la succession, la dispense du rapport des libéralités et la conservation du caractère déclaratif du partage.

Qu'il nous soit permis de souligner les qualités de ce traité dans l'examen de ses titres troisième et quatrième.

Le *Code civil du Québec* a modifié nombre de règles de l'ancien droit, modifications qui, prises isolément, ne semblent pas considérables ni majeures, mais qui, analysées dans leur juxtaposition, transforment considérablement la dévolution successorale. Or, certaines de ces règles émanent des réformes antérieures affectant le droit de la famille: la reconnaissance de la parenté par le sang et l'introduction des diverses mesures de protection du conjoint,

⁸ *Ibid.* nos 217-329.

⁹ *Ibid.* nos 330-569.

¹⁰ *Ibid.* nos 574-662.

¹¹ *Ibid.* nos 663-720.

patrimoine familial, prestation compensatoire et survie de l'obligation alimentaire. D'autres règles ont été introduites lors de l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*: la modification des règles de la représentation et de la fente, la disparition de la succession anormale, la limitation de la successibilité au huitième degré de parenté, la modification des droits du conjoint survivant dans les divers ordres successoraux, la réduction de ces divers ordres successoraux, etc.

Dans ce titre troisième consacré à la dévolution légale des successions, le professeur Brière axe sa présentation d'abord sur la nouvelle vocation du conjoint survivant, affranchie de l'obligation d'opter entre ses divers droits, successoraux et matrimoniaux, mais toujours limitée au conjoint de droit. Comme la successibilité est fondée sur la parenté par le sang ou par l'adoption, l'auteur se devait de souligner les diverses étapes historiques qui ont permis aux enfants par le sang ou aux enfants adoptés de bénéficier d'un statut comparable à celui de l'enfant légitime d'alors. Il reprend par la suite les diverses notions relatives aux ordres, degrés et lignes de succession et il termine par les droits de l'État de recueillir la succession à défaut de successible au huitième degré. L'auteur rappelle les diverses hésitations survenues lors de la réforme du droit des successions: les recommandations du *Rapport sur le Code civil du Québec* et les propositions variées des multiples lois et projets de loi soumises ces derniers vingt ans en témoignent évidemment. On constate alors le jeu des divers courants d'influence qui ont pu marquer la réforme définitive du *Code civil du Québec*.

Tantôt, c'est avec brièveté que cela est fait. Ainsi, l'exclusion du conjoint de fait comme successible est due, semble-t-il, à la reconnaissance des droits héréditaires des enfants, nés du mariage ou de l'union libre.¹³ Tantôt, c'est en soulignant l'impact de certaines dispositions transitoires. Ce peut être l'effet d'une disposition transitoire découlant de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*,¹⁴ telle la règle sur la successibilité de la parenté par le sang, particulièrement à l'égard des appelés dans le cadre de substitutions non encore ouvertes au 2 avril 1981.¹⁵ Ce peut être l'effet d'une disposition transitoire découlant de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*.¹⁶ La disposition transitoire peut viser l'application immédiate du nouveau droit ou, à l'opposé, la survie de la règle de l'ancien droit. À titre d'exemple, la représentation en matière testamentaire dépend de la loi en vigueur au jour où le testament est fait.¹⁷ Tantôt, c'est l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne*: les dispositions testamentaires ne peuvent

¹² *Ibid.* nos 732-897.

¹³ *Ibid.* no 223.

¹⁴ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980 ch. 39, art. 72 al. 4.

¹⁵ Voir *Traité*, *supra* note 1 no 228.

¹⁶ *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, chap. 57.

¹⁷ *Ibid.* art. 41; Voir *Traité*, *supra* note 1 no 252.

porter atteinte aux libertés fondamentales protégées par la *Charte*.¹⁸ Tantôt, c'est le rappel des principes de l'ancien droit que n'a pas repris le *Code civil du Québec*, comme la succession anormale, l'exclusion du conjoint comme successible de son époux décédé en minorité, certaines prohibitions d'être témoin soit à un testament authentique¹⁹ soit à un testament sous la forme dérivée des lois d'Angleterre.²⁰

Systématiquement, les diverses étapes législatives sont rappelées succinctement: ce rappel permet de mieux comprendre la règle du nouveau droit mais aussi de mieux saisir les tergiversations des divers comités qui ont oeuvré à la réforme du droit des successions. C'est le cas notamment pour le maintien de la fente au niveau des collatéraux privilégiés. Le *Projet de loi 20* éliminait la fente en ces circonstances; le *Projet de loi 125* la conservait.²¹ Ces hésitations législatives ont été multiples en ce qui concerne les droits successoraux du conjoint survivant.²² L'auteur souligne les diverses propositions émises par l'Office de révision du Code civil et les solutions préconisées par les divers projets de loi, *Projet de loi 107*, *Projet de loi 20*, *Projet de loi 125*. Il expose également en ce domaine les solutions préconisés par certains régimes étrangers.

Toujours, l'auteur insiste sur les changements majeurs apportés par le nouveau droit. Au titre de la dévolution successorale, la modification des quote-parts héréditaires est évidente, mais il faut porter une attention toute spéciale à certains changements que nous qualifions de subreptices. En voici quelques exemples. Le nouveau droit admet la représentation d'un indigne, même vivant, mais la refuse toujours pour le renonçant. La représentation au niveau des collatéraux privilégiés ne requiert plus le concours entre oncles et tantes, neveux et nièces. Les ascendants privilégiés excluent les collatéraux privilégiés, en présence du conjoint survivant. Ces nouvelles règles, si anodines peuvent-elles paraître, modifient substantiellement la dévolution successorale. Elles sont évidemment toutes soulignées par l'auteur, mais bien situées dans leur contexte de changements significatifs des principes de la dévolution successorale.²³

Les règles de droit sont exposées avec précision et concision. Nous pouvons souligner à cet égard la section consacrée à la santé d'esprit du testateur comme condition de validité du testament: en une dizaine de pages, les principes applicables sont énoncés de façon succincte malgré une doctrine et une jurisprudence très diversifiées.²⁴ Il arrive que le souci du détail prime avant tout. Nous pouvons souligner à cet égard l'analyse que fait l'auteur de

¹⁸ *Traité, ibid.* no 385 et suiv.

¹⁹ *Ibid.* no 402.

²⁰ *Ibid.* no 434.

²¹ *Ibid.* no 270.

²² *Ibid.* no 280 et suiv.

²³ *Ibid.* no 255.

²⁴ *Ibid.* no 350 et suiv.

la révocation de plein droit de certaines dispositions testamentaires. Le législateur n'a pas retenu la survenance du mariage comme motif de révocation de plein droit des dispositions testamentaires antérieures, ce qu'il avait pourtant préconisé dans le cadre du *Projet de loi 20*. Le législateur conserve comme changement la révocation de plein droit par le fait du divorce ou de la nullité de mariage du legs fait au conjoint,²⁵ sous réserve d'une intention contraire du testateur. L'auteur analyse alors la portée différente des articles 386, 624, 740 et 764 du *Code civil du Québec* et constate l'oubli du législateur d'agencer le régime à l'égard des donations à cause de mort contenues dans un contrat de mariage: ces donations demeurent révoquées en raison de la nullité du mariage prononcée après le décès même à l'égard de l'époux de bonne foi.²⁶

On constate parfois l'hésitation de l'auteur sur la portée réelle d'une nouvelle disposition compte tenu des changements apportés aux diverses étapes de la réforme. On peut ici souligner le pouvoir discrétionnaire accordé au juge de considérer valide un testament affecté d'un vice de forme, ce qui est prévu à l'article 714 du *Code civil du Québec*. L'auteur y voit d'abord une disposition révolutionnaire, puis l'analyse comme la codification d'une «désolennisation du testament» en l'absence de sévérité des juges à l'égard des formalités testamentaires.²⁷ Signalons également les difficultés d'interprétation de certains termes parfois rencontrés dans les testaments, comme le mot «enfants»; l'examen qu'en fait l'auteur témoigne de la diversité probable des interprétations qui seront retenues.²⁸ Signalons aussi que la faculté d'élire serait valide, d'après l'auteur, seulement dans le cadre d'une fiducie;²⁹ pourtant la faculté d'élire nous apparaît toujours possible au titre des substitutions.³⁰ Signalons de même la règle de la recherche de la volonté du testateur comme fondement de l'interprétation testamentaire. Si la jurisprudence est abondante en ce domaine, elle est généralement constituée de cas d'espèce. Aurait-il été préférable d'analyser davantage ces problèmes d'interprétation liés à la volonté du testateur, auxquels l'auteur ne s'arrête que brièvement?³¹ Aurait-il été également souhaitable d'analyser *brièvement* certaines modalités de disposition de biens à cause de mort, telles l'institution contractuelle, la substitution ou la fiducie, dans le chapitre consacré au contenu du testament? Ne déformons pas ces ultimes propos: ils ne sont ni critiques ni réserves.

C'est un traité remarquable, une étude des plus intéressantes du nouveau droit, un rappel historique de l'ancien droit, un énoncé nuancé des principes applicables, une documentation exhaustive de la doctrine et de la jurisprudence pertinentes, le guide par excellence en matière de successions pour le juriste,

²⁵ Art. 764 C.c.Q.

²⁶ Voir *Traité*, *supra* note 1 no 546 et suiv.

²⁷ *Ibid.* no 441.

²⁸ *Ibid.* no 450.

²⁹ *Ibid.* no 454.

³⁰ Art. 1255 C.c.Q.

³¹ Voir *Traité*, *supra* note 1 no 474 et suiv.

qu'il soit magistrat, praticien, professeur ou étudiant. Ce traité sera, comme l'ont été les divers travaux du professeur Brière, une source de *connaissances*, de *réflexion*, d'*inspiration* et d'*argumentation*³² pour la doctrine et la jurisprudence³³ québécoises. C'est la poursuite de la contribution majeure du professeur Brière au droit civil québécois: il mérite chaleureusement l'expression de notre plus vive gratitude.

³² Voir note de la rédaction, E. Caparros, *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 à la p. 835.

³³ Au moins huit jugements ont cité le traité sur les successions (voir *supra* note 3) publié en 1990 d'après une recherche à même la banque Express de SOQUII, faite à la fin de mars 1995. On peut mentionner *Droit de la famille* — 871, [1990] R.J.Q. 2107 (C.A.); *Droit de la famille* — 1547, [1992] R.D.F. 157 (C.A.); *Droit de la famille* — 1611, [1992] R.D.F. 374 (C.Q.); *Droit de la famille* — 1851, [1993] R.D.F. 517 (C.S.); *Francoeur c. Jalbert*, [1994] R.J.Q. 2919 (C.S.); *Lefebvre c. Coteau-du-Lac (Municipalité de)*, J.E. 95-467 (C.Q.); *Boutin c. Boutin*, J.E. 95-521 (C.S.); *Veilleux c. Veilleux*, J.E. 95-539 (C.S.). Évidemment, nous avons limité la compilation à ce traité; d'autres arrêts, encore plus nombreux, s'en rapportent aux éditions antérieures des précisions sur les successions et sur les libéralités.