



Vol. 98, No Octobre, p. 64
1er octobre 1995

Des contrats de mariage innovateurs*

Me Alain Roy**
Notaire

Système d'ajustements réciproques fondé sur le consentement, le contrat consacre l'existence d'une relation et affirme généralement un désir de continuité et d'entente¹. En ce sens, le contrat constitue un outil de planification et de prévention de première importance, quelle que soit la relation qu'il encadre.

Or, les contrats de mariage préparés traditionnellement par les notaires ne correspondent pas toujours à cette conception. En fait, la convention matrimoniale apparaît dans l'esprit des juristes et de la population en général comme un instrument désuet auquel on ne recourt pratiquement plus.

Pourtant, il est possible d'imaginer une convention qui puisse répondre aux besoins contemporains des conjoints et qui puisse leur être d'une utilité certaine. Malgré la présence du régime primaire², le contrat de mariage comporte en lui-même de grandes possibilités préventives. Un fort pourcentage du temps des juges étant consacré aux questions découlant des ruptures conjugales³, il n'est certes pas futile d'imaginer des mécanismes situés en aval du curatif⁴.

Nous étudierons, dans un premier temps, le contrat en tant que véhicule de droit préventif. Nous nous interrogerons de manière globale sur la démarche que suppose cette perspective d'analyse, tout en exposant sommairement le cadre qui caractérise la pratique actuelle.

Nous nous pencherons ensuite sur la rédaction du contrat de mariage dans une telle perspective, en proposant des stipulations destinées à éliminer ou à atténuer certaines des problématiques susceptibles d'apparaître lors d'une rupture conjugale.

1. LE CONTRAT DANS UNE PERSPECTIVE DE DROIT PRÉVENTIF

1.1 Le contrat adapté à la situation des parties

La pratique contractuelle des juristes, qu'ils soient notaires ou avocats, tend de plus en plus à s'uniformiser, malgré le fait que chaque situation soit unique. Les formules standardisées font souvent office de contrat et les circonstances particulières de chaque relation contractuelle deviennent nettement secondaires, voire banalisées.

Les contrats de mariage n'échappent pas au schème général des pratiques contractuelles. Bien au

contraire. Quand on parle de contrats de mariage, on pense immédiatement au formulaire quasi standard comportant quelques clauses types axées sur le choix d'un régime matrimonial et sur l'établissement de donations⁵. Pourtant, chaque couple est unique et ne poursuit pas nécessairement des objectifs similaires à ceux des autres couples. Le professeur Macdonald déclare en ce sens:

Un acte matrimonial sur mesure est nécessaire, malgré les dispositions du régime primaire [...] parce que la vie est trop variable et complexe pour être réduite à des formules figées.⁶

Dans le même ordre d'idée, le professeur Burman relate que:

les couples n'ont pas une formation juridique et ont alors souvent besoin de conseils judicieux, que normalement, les notaires devraient pouvoir leur donner. Il n'est malheureusement pas certain que ceux-ci ne s'en tiennent pas qu'aux pratiques courantes qui consistent à caser quelques clauses standard venant s'ajouter à l'échantillonnage réduit que propose le législateur, sans s'interroger vraiment sur les besoins propres à chacun de leurs clients.⁷

À l'opposé de cette tendance à l'uniformisation, l'approche préventive nécessite une adaptation précise du contrat à la situation des parties. L'éclaircissement des attentes, des objectifs et des perceptions prend alors une importance accrue⁸. Au-delà des simples techniques de rédaction et de transposition systématique, le consentement des parties doit porter sur un objet étanche qui correspond véritablement à leur situation. Il s'agit là de la toute première manifestation du droit préventif en matière contractuelle, puisque la précision et l'exactitude des conventions protègent les parties contre les malentendus qui sont souvent à l'origine de conflits inutiles⁹.

1.2 Les effets futurs de la relation contractuelle

Si le contrat peut avantageusement s'adapter aux prétentions et objectifs des parties, ainsi qu'aux circonstances propres entourant leur relation, il devrait considérer ces éléments dans une perspective large et globale. Aussi l'objet spécifique du consentement des parties devrait-il être orienté en fonction des effets futurs de la relation et, incidemment, des différends potentiels que risque d'engendrer cette relation¹⁰.

À cette fin, le contrat de mariage devrait envisager la rupture du couple et proposer des mécanismes aptes à prévenir certains des différends susceptibles de se produire lors de cet événement. Selon des statistiques récentes, pas moins d'une union sur deux aboutit à un échec¹¹. On doit donc demeurer conscient de la probabilité statistique d'une rupture et agir en conséquence, même s'il peut sembler illogique d'envisager une hypothèse semblable alors que l'union n'a pas encore commencé ou qu'elle se déroule dans une parfaite harmonie. Aussi le notaire appelé à rédiger un contrat de mariage devrait-il amener les conjoints à envisager cette hypothèse avec le plus de lucidité possible.

D'ailleurs, en discutant de questions potentiellement problématiques lors de l'échange des consentements, au stade initial du contrat, on profite d'un momentum idéal et d'un climat propice à la saine négociation¹². Cette considération prend toute son importance en matière familiale, puisque le

contrat de mariage met en cause deux contractants particulièrement disposés au compromis.

1.3 L'hypothèse d'une rupture dans le contrat de mariage et l'ordre public

Même s'il apparaîtrait légitime et souhaitable d'envisager la rupture dans le contrat de mariage, encore faut-il s'interroger sur le caractère licite de telles spéculations en droit québécois. Est-il contraire à l'ordre public de discuter de l'échec du mariage dans une convention qui trouve son unique justification dans le mariage¹³?

Puisqu'il n'y a rien d'illégal à demander la séparation de corps ou le divorce, il n'est certainement pas illicite d'en envisager l'hypothèse dans le contrat de mariage. Cependant, une stipulation qui aurait été prévue dans le but de favoriser ou d'empêcher une rupture éventuelle serait totalement invalide. Il serait évidemment illégal de priver intentionnellement l'un des conjoints de sa liberté de demander la dissolution du mariage, ou à l'inverse, de l'inciter à provoquer une rupture.

En fait, les stipulations ne seront reconnues valides que dans la mesure où l'intention initiale des parties était d'assurer la protection économique d'un conjoint lors de la rupture. Elles sont donc juridiquement neutres et ce n'est que par la recherche de l'intention des parties et du but visé qu'on pourra juger de leur validité¹⁴. La Cour d'appel du Québec a reconnu cette analyse dans l'arrêt *Droit de la famille - 1739* ¹⁵ rendu en 1992.

En admettant la conformité de ce type de stipulation à l'ordre public, ne pourrait-on pas prétendre que la condition qu'elle comporte soit potestative et, en conséquence, nulle au sens de l'article 1500 du *Code civil du Québec*? Le divorce pas plus que la séparation de corps n'exigeant la démonstration d'une faute, le créancier de l'obligation n'est-il pas en position de rendre la dette exigible à sa seule discrétion? En *obiter dictum*, la Cour d'appel du Québec a rejeté cette prétention en affirmant que la décision de rupture d'un mariage ne constituait pas un acte de volonté pur d'une partie¹⁶. De l'avis de la Cour, cette décision découle, même lorsqu'on ne prétend pas qu'il y ait faute de la part d'une des parties, des actes et des expériences de toute une vie commune.

En conclusion, on peut affirmer que le fait d'envisager la rupture dans le cadre d'un contrat de mariage en proposant des mécanismes susceptibles d'en gérer les effets n'est pas illégal en droit québécois.

2. LE RÉGLEMENT ANTICIPÉ DE CERTAINS DIFFÉRENDS LIÉS À LA RUPTURE DU MARIAGE

Sur la base des principes généraux déjà énoncés, il convient maintenant d'identifier les principales difficultés qui risquent de se poser au moment de la rupture de l'union maritale, ainsi que les moyens auxquels on peut recourir pour les éliminer à la source ou, à tout le moins, pour en atténuer les principaux effets.

2.1 Le partage des biens

Le partage des biens des conjoints constitue l'une des sources de discordes potentielles à la rupture de l'union. Bien que les dispositions relatives au patrimoine familial et au régime matrimonial choisi par les époux offrent un encadrement juridique susceptible de faciliter le partage, certains problèmes de preuve risquent de faire surface lors d'un divorce ou d'une séparation de corps quant à la propriété des biens des conjoints.

Afin d'éliminer un certain nombre de difficultés, les conjoints auraient intérêt à annexer, à leur contrat de mariage, un inventaire de tous les biens dont ils sont respectivement propriétaires au moment de la signature. Les données mentionnées dans ce document seront d'une grande utilité, peu importe le régime matrimonial choisi par les conjoints. Comme nous le verrons, l'inventaire pourra également s'avérer utile lors du partage du patrimoine familial.

2.1.1 *Les régimes matrimoniaux*

2.1.1.1 LA SÉPARATION DE BIENS

Si les conjoints choisissent la séparation de biens, chacun d'eux demeurera titulaire de la totalité des biens lui appartenant, sans autre formalité et sans avoir à en partager la valeur au moment d'une éventuelle rupture, sous réserve des règles relatives au patrimoine familial¹⁷. Les époux devront toutefois démontrer que les biens revendiqués leur appartiennent de façon exclusive. Or, il n'est pas rare qu'un conjoint ne soit pas en mesure de prouver, lors de la rupture, son droit de propriété exclusif dans les biens dont il se prétend le seul titulaire. Dans la plupart des cas, les époux ne prennent pas soin de conserver les reçus, factures, contrats ou autres preuves d'acquisition des biens pouvant démontrer clairement lequel des deux en est le propriétaire véritable. À défaut d'établir cette preuve, les biens seront présumés leur appartenir en indivision, à chacun pour moitié¹⁸.

L'inventaire annexé au contrat de mariage permettra d'éviter toute discussion quant à la propriété des biens possédés par les conjoints au moment de la signature du contrat de mariage et éliminera du même coup l'application de la présomption légale à l'égard de ces biens, laquelle présomption ne traduit pas nécessairement l'investissement réel de chacun.

2.1.1.2 LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

Si les conjoints choisissent plutôt le régime de la société d'acquêts, des difficultés de preuve similaires risquent de se poser¹⁹. L'inventaire permettra une fois de plus de les éliminer.

De plus, le premier paragraphe de l'article 450 du *Code civil* énonce la règle suivant laquelle les biens dont un époux a la propriété ou la possession au début du régime lui demeurent propres et ne font pas l'objet de partage. À défaut que soit prouvée cette antériorité, le bien visé sera considéré acquêt, c'est-à-dire partageable en valeur²⁰. Les conjoints qui auront pris soin d'annexer un inventaire à leur contrat de mariage se seront prémunis contre ce genre de difficultés de preuve.

2.1.2 *Le patrimoine familial*

L'inventaire peut encore s'avérer profitable lors du partage du patrimoine familial.

Selon les articles 414 à 418 du *Code civil du Québec*, la valeur partageable des biens composant le patrimoine familial est divisée en parts égales au moment de la dissolution du mariage. Le *Code* énonce les règles qui nous permettent d'établir cette valeur partageable. Ainsi, l'article 418 C.c.Q. établit la règle suivant laquelle les sommes payées avant le mariage à l'égard d'un bien du patrimoine familial possédé au moment du mariage doivent être soustraites du partage. La plus-value acquise par ce bien durant le mariage doit également être déduite, dans la même proportion que celle qui existait au moment du mariage entre la valeur nette du bien et sa valeur brute.

Dans certains cas, on pourra facilement établir ces données au moment de la rupture. Dans d'autres situations, cependant, il sera très difficile, voire impossible, de fixer ces sommes de façon exacte. Les conjoints auraient donc avantage à se concerter et à établir, dans l'inventaire annexé au contrat de mariage, la valeur nette et la valeur brute au moment du mariage, des biens faisant partie du patrimoine familial dont ils sont propriétaires à cette date.

Par ailleurs, le quatrième alinéa de l'article 415 du *Code civil* prévoit l'exclusion du patrimoine familial des biens échus à l'un des époux par succession ou donation avant ou pendant le mariage. Il est fort possible qu'un conjoint ne soit pas en mesure, lors de la rupture, de démontrer qu'un bien du patrimoine familial dont il est propriétaire provient effectivement d'une succession ou d'une donation échue avant le mariage²¹. Dans le but de limiter les difficultés à l'égard de tels biens, les conjoints devraient spécifier cette provenance dans l'inventaire annexé au contrat de mariage²².

La clause d'inventaire au contrat de mariage pourrait être libellée de la façon suivante:

PROPRIÉTÉ DES BIENS POSSÉDÉS AU MOMENT DU CONTRAT DE MARIAGE ET ÉTABLISSEMENT DES VALEURS

Les futurs époux déclarent que les biens dont ils sont respectivement propriétaires, ce jour, sont énumérés dans une liste annexée aux présentes après avoir été signée et reconnue véritable par eux en présence du notaire soussigné.

Les futurs époux reconnaissent avoir établi, dans cette liste, la valeur nette et la valeur brute, ce jour, des biens qui composent le patrimoine familial au sens des articles 414 à 426 du *Code civil du Québec*.

2.2 La pension alimentaire entre ex-conjoints

Les questions de pension alimentaire entre ex-conjoints constituent une autre source de discordes potentielles au moment de la rupture. Est-il possible pour les conjoints d'envisager, dans le contrat de mariage, les questions relatives à l'obligation alimentaire mutuelle qui risquent de se poser lors d'une rupture éventuelle? Les conjoints peuvent-ils prévoir des conventions visant à diminuer les risques de conflits susceptibles de se produire à cet égard?

2.2.1 Les besoins et les moyens

On sait que, traditionnellement, la pension alimentaire est accordée en fonction des besoins et des moyens des conjoints²³. On sait également que l'évaluation de ces éléments s'effectue au moment de la rupture. Il ne saurait donc être question d'anticiper, dans le contrat de mariage, l'étendue des besoins et des moyens des conjoints tel qu'ils se présenteront au moment de la dissolution matrimoniale.

2.2.2 *La pension alimentaire à caractère indemnitaire*

La Cour suprême a cependant tempéré les principes généralement admis en matière d'obligation alimentaire entre ex-conjoints dans l'arrêt *Moge c. Moge*²⁴, une décision fondamentale rendue en 1992. Dans cette affaire, la Cour a d'abord affirmé l'absence de hiérarchie dans les objectifs de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints prévus aux articles 15(7) et 17(7) de la *Loi sur le divorce*, contrairement à ce que préconisait la Cour d'appel du Québec depuis quelques années²⁵. La Cour suprême a par le fait même refusé d'accorder un caractère prioritaire à l'objectif d'indépendance économique²⁶.

La Cour a ensuite reconnu la dimension compensatoire et indemnitaire de la pension alimentaire entre ex-conjoints en indiquant que les objectifs prévus aux paragraphes a), b) et c) des articles 15(7) et 17(7) de la *Loi sur le divorce* contenaient tous une idée d'indemnisation²⁷. Sans éliminer totalement l'application du test des besoins et des moyens, le tribunal a reconnu qu'il n'était plus le seul facteur à considérer dans l'attribution d'une pension alimentaire à un ex-conjoint²⁸.

La Cour n'a pas limité son analyse aux seuls mariages dits traditionnels, c'est-à-dire aux mariages de longue durée avec un partage typique des fonctions, le mari étant le pourvoyeur et la femme s'occupant exclusivement du foyer²⁹. Au-delà de cette conception limitée, la Cour suprême a constaté que les choix familiaux et les rôles assumés pendant le mariage, qu'ils soient ou non de type traditionnel, pouvaient entraîner un certain nombre de conséquences économiques néfastes pour l'un des conjoints et bénéfiques pour l'autre. Comme le précise le professeur Dominique Goubau, il est maintenant essentiel de tenir compte des rôles assumés durant le mariage et d'établir les conséquences financières qui en résultent, que l'on soit ou non en présence d'un mariage de type traditionnel³⁰.

La Cour a précisé que les désavantages économiques nécessitant compensation pouvaient être de différents ordres³¹. Elle a cependant indiqué que la source des plus importants désavantages économiques était intimement liée à la naissance d'enfants³².

Le conjoint qui, dans l'intérêt de la famille, abandonne partiellement ou totalement, de façon temporaire ou permanente, une activité rémunérée pour se consacrer à l'éducation et à l'entretien des enfants subira effectivement un désavantage économique. Bien que l'activité au foyer puisse représenter sa contribution aux charges du mariage³³, les résultats financiers liés à cette forme de contribution sont nuls, contrairement à ceux découlant d'une activité garantissant salaires, avantages sociaux, fonds de retraite et autres retombées à caractère économique. L'activité au foyer, pourtant reconnue par la loi, place donc le conjoint dans une situation financière nettement désavantageuse au moment de la rupture. De l'avis de la Cour, ce désavantage peut être compensé par l'attribution d'une pension alimentaire de type indemnitaire.

L'arrêt *Moge* est une affaire issue du Manitoba. Cela dit, les principes énoncés par la Cour suprême vont-ils trouver entièrement application si des conjoints mariés au Québec sont soumis à un régime matrimonial à base de partage, tel la société d'acquêts, ou sont assujettis aux règles relatives au patrimoine familial? Peut-on considérer que le partage des biens des époux faisant suite à la rupture entraînera réparation de tous les préjudices économiques subis en raison du mariage ou de sa rupture?

Il apparaît évident que le partage des biens des époux, que ce soit en vertu d'un régime matrimonial ou du régime primaire, compensera le conjoint lésé dans une certaine mesure. Cependant, la redistribution de ces biens ne suffira pas toujours à lui assurer une juste compensation³⁴. Il en sera ainsi lorsque le principal actif du couple ne sera pas constitué des biens matrimoniaux, mais résidera plutôt dans l'emploi ou l'activité professionnelle du conjoint travaillant à l'extérieur du foyer³⁵.

On peut illustrer le cas de la façon suivante. Des gens divorcent à l'aube de la quarantaine après avoir été mariés pendant une quinzaine d'années, sous le régime de la séparation de biens. Un des conjoints n'a jamais cessé de travailler à l'extérieur du foyer et gagne actuellement 50 000 \$ par année. L'autre conjoint a laissé un emploi lui garantissant un revenu annuel considérable à l'âge de 25 ans afin de se consacrer à l'éducation et à l'entretien des enfants du couple. Le premier conjoint possède tous les biens du patrimoine familial dont la valeur totale s'élève à 150 000 \$. Au lendemain du divorce, les deux conjoints repartiront chacun de leur côté avec une part équivalente, soit 75 000 \$³⁶. Cependant, celui qui a abandonné son travail, totalement ou partiellement, pour se consacrer à l'éducation des enfants, se trouvera nettement désavantagé par rapport à l'autre puisque sa capacité de gagner du revenu sera altérée. Une personne qui laisse un emploi à l'âge de 25 ans risque d'avoir beaucoup de difficultés à réintégrer le marché du travail à l'âge de 40 ans et, si elle y parvient, elle subira la perte que lui auront valu ces 15 années passées au foyer³⁷. Peut-on alors considérer que le préjudice économique subi par le conjoint au foyer aura été entièrement compensé par le partage du patrimoine familial? Il est permis d'en douter. Le conjoint qui compromet sa carrière dans l'intérêt de la famille subit un préjudice évident dont la réparation excède certainement la somme de 75 000 \$³⁸.

À l'instar du professeur Goubau, on peut donc croire que la pension alimentaire de type indemnitaire constitue un instrument d'équité et un outil permettant la réalisation d'un équilibre que les autres instruments de partage, tels les régimes matrimoniaux et primaires, n'auront pas permis d'atteindre³⁹.

2.2.2.3 LA STIPULATION AU CONTRAT DE MARIAGE

Cela dit, les conjoints auraient intérêt à envisager, au moment du mariage, l'hypothèse mise à jour par la Cour suprême. En fait, ils auraient avantage à établir, dans leur contrat de mariage, des paramètres pouvant permettre une indemnisation continue du conjoint qui abandonnera son activité à l'extérieur du foyer pour se consacrer à l'éducation et à l'entretien des enfants.

D'ailleurs, la Cour d'appel du Québec a eu récemment l'occasion d'examiner une stipulation dans un contrat de mariage prévoyant un mécanisme destiné à compenser l'un des conjoints d'un certain

nombre d'inconvénients économiques découlant du mariage⁴⁰. La Cour a reconnu le caractère inhabituel d'une telle stipulation, mais a considéré qu'il s'agissait d'une disposition s'inscrivant parfaitement dans l'orientation actuelle du droit de la famille⁴¹.

La clause visant à compenser le préjudice économique subi par un conjoint en raison de son activité au foyer pourrait être libellée de la façon suivante:

INDEMNITÉ DU CONJOINT AU FOYER

Dans l'éventualité où l'un des conjoints abandonnerait, en totalité ou en partie, une activité rémunérée pour se consacrer à l'éducation et à l'entretien des enfants du couple, l'autre conjoint, poursuivant son activité rémunérée⁴², s'engage à compenser le préjudice économique que subira ce conjoint, en s'acquittant de sa contribution aux charges du mariage par son activité au foyer, en lui versant une indemnité annuelle pour chaque année ou partie d'année passée au foyer.

L'indemnité annuelle à laquelle aura droit le conjoint au foyer équivaudra à ...p. cent (... %) des revenus bruts du conjoint poursuivant son activité rémunérée. Cependant, l'indemnité annuelle ne pourra en aucun cas excéder le revenu d'emploi ou d'entreprise gagné par le conjoint au foyer pour l'année précédant immédiatement le retrait, après indexation en fonction de l'indice annuel des rentes prévu aux termes de la *Loi sur le régime des rentes du Québec* (L.R.Q., c. R-9).

Dans la mesure où le conjoint au foyer recevrait des revenus, prestations ou autres traitements monétaires, sous quelque forme que ce soit pendant une année ou une partie d'année consacrée au foyer, l'indemnité annuelle calculée au paragraphe précédent sera diminuée d'une somme équivalant à ...p. cent (... %) des montants qui lui auront été versés à ce titre pendant cette période⁴³.

L'indemnité annuelle devra être versée au conjoint au foyer au plus tard le 31 décembre de chaque année de la manière que les conjoints détermineront d'un commun accord.

ou

L'indemnité annuelle devra être versée au plus tard le 31 décembre de chaque année dans un régime enregistré d'épargne-retraite établi au nom du conjoint au foyer. Si le montant de l'indemnité à laquelle le conjoint au foyer a droit excède la valeur de la cotisation maximale de l'autre conjoint à un régime enregistré d'épargne-retraite pour l'année en cause, l'excédent sera acquitté de la manière que les conjoints détermineront d'un commun accord.

Toutes sommes non acquittées à l'échéance convenue porteront intérêt au taux légal.

Tel qu'on l'aura constaté, la clause suggère un mode de paiement alternatif de l'indemnité, en prévoyant la possibilité pour le conjoint débiteur de verser directement l'indemnité établie dans le régime enregistré d'épargne-retraite du conjoint créancier. De cette façon, le conjoint débiteur bénéficiera d'une déduction fiscale au moment du transfert⁴⁴ et, en plus, il sera assuré de récupérer la

moitié des sommes qu'il aura transférées, s'il y a un jour rupture, puisque les régimes de retraite sont au nombre des biens faisant partie du patrimoine familial⁴⁵. Certes, ce mode alternatif altérera quelque peu la protection du conjoint au foyer en cas de rupture. Il n'en demeure pas moins qu'un incitatif de la sorte sera parfois nécessaire pour amener les conjoints à adhérer à la proposition.

Évidemment, le modèle proposé mériterait d'être perfectionné et ajusté en fonction de chaque situation particulière. Nous tenons simplement à démontrer l'importance d'anticiper les désavantages économiques susceptibles de se produire en raison de la naissance d'enfants et d'établir, dans le cadre du contrat de mariage, un mécanisme pouvant en permettre une certaine compensation.

Outre la naissance d'enfants, la Cour suprême, toujours dans l'arrêt *Moge*, a reconnu l'existence possible d'autres sources de désavantages économiques nécessitant compensation⁴⁶. Il appartiendra bien sûr au notaire de déceler ces autres sources potentielles et de proposer un mécanisme d'indemnisation adapté aux circonstances en cause.

Ainsi, on pourrait prévoir conventionnellement une compensation monétaire pour le conjoint qui consentira à compromettre sa carrière afin de suivre son conjoint appelé à s'établir dans une autre région pour son travail. Dans l'arrêt *Droit de la famille - 1739*⁴⁷, la Cour d'appel a d'ailleurs reconnu la validité d'une stipulation contenue dans un contrat de mariage afin d'indemniser l'un des conjoints pour le préjudice subi dans des circonstances similaires.

Il importe de bien souligner que le tribunal saisi lors de la rupture pourrait attribuer un montant plus élevé que celui conventionnellement établi et déjà versé durant l'union, s'il estime que le préjudice économique n'a pas été entièrement compensé par les transferts effectués. Toute question relative à la pension alimentaire relève effectivement de la seule discrétion du tribunal. Le montant de la pension établi aux termes de la convention ne constituerait alors qu'un acompte sur la somme totale déterminée par le tribunal.

À notre avis, la clause n'en demeure pas moins utile et intéressante, et ce, pour les quatre raisons suivantes:

1. La stipulation a tout d'abord l'avantage de responsabiliser les conjoints. Personne ne leur impose quoi que ce soit à ce stade. Ce sont eux qui reconnaissent la présence d'un préjudice économique possible et qui réalisent l'importance de l'indemniser. L'obligation résulte donc d'une convention librement consentie et non d'une sanction judiciaire imposée par un tribunal.

2. Deuxièmement, la stipulation peut contribuer à atténuer l'ampleur du conflit susceptible de se produire au moment de la rupture. Le conjoint lésé aura reçu son dû durant le mariage, du moins en partie, et sa situation économique sera somme toute moins précaire. On se sera également prémuni contre l'insolvabilité potentielle du conjoint débiteur, possibilité qui risque de rendre illusoire dans bien des cas la juste indemnisation du conjoint créancier.

3. Troisièmement, la stipulation permettra au conjoint au foyer d'acquiescer une certaine autonomie financière durant le mariage. Le législateur favorise l'égalité économique des conjoints, mais les mécanismes mis en place à cette fin ne se concrétisent qu'au moment de la rupture. Si les

conjoint y consentent, il peut être intéressant d'assurer un meilleur équilibre économique *durant* la vie commune.

4. Enfin, le paiement effectué à titre de pension alimentaire compensatoire durant le mariage pourra atténuer l'ampleur du conflit susceptible de se produire lors de la rupture au sujet de la pension alimentaire traditionnelle, basée essentiellement sur les besoins et les moyens des conjoints. Les besoins du conjoint créancier étant partiellement comblés par les sommes déjà versées, si, bien sûr, ces sommes n'ont pas toutes été dépensées, et les moyens du débiteur étant affectés par les transferts effectués conformément à la convention, l'équilibre patrimonial n'en sera que moins compromis.

2.3 La reconnaissance du caractère dynamique du contrat de mariage et l'institution d'un processus de suivi juridique

2.3.1 Principes généraux

Le contrat de mariage est établi en fonction des faits existant au moment de la signature et des prévisions raisonnables qui peuvent être faites sur la base de ces éléments. On le voit traditionnellement comme un instrument statique et figé appelé à demeurer inchangé, sauf pour des motifs exceptionnels. Cette perception était peut-être justifiée il y a quelques décennies alors que la vie familiale se déroulait dans un contexte uniforme et que les mesures législatives régissant les rapports familiaux étaient en nombre limité. Ce n'est plus le cas aujourd'hui.

La vie familiale est susceptible de traverser un certain nombre d'étapes et d'évoluer à travers des perspectives diverses. Cette évolution factuelle, combinée au phénomène contemporain de l'inflation législative⁴⁸, risque de compromettre à plus ou moins long terme l'équilibre des rapports. Le professeur Macdonald déclare:

La plupart des relations sont permanentes et les institutions juridiques qui leur confèrent une expression demandent un examen constant. [...] De façon plus évidente, toutes les relations affectives permanentes subissent la marque du temps. Il s'ensuit que les ententes instituées par le notaire doivent faire l'objet d'un examen périodique pour voir si elles conviennent toujours.⁴⁹

Aussi le contrat de mariage devrait-il prévoir une clause invitant les conjoints à se soumettre à un exercice de vérification périodique de leur situation juridique. En fait, toute approche préventive nécessite un suivi, quel que soit le domaine où on tente de l'implanter. Qu'on pense simplement aux domaines médical, dentaire ou comptable. La situation juridique d'un couple mérite tout autant d'être scrupuleusement suivie⁵⁰.

Un processus de suivi juridique en matière familiale permettrait au notaire d'évaluer périodiquement la situation des conjoints et lui donnerait l'occasion de poser un diagnostic juridique. Dépendamment du diagnostic posé, le juriste serait ensuite amené à proposer des mesures concrètes destinées à éliminer les problèmes ciblés, actuels et potentiels, ou à en amoindrir les effets. Ces mesures pourraient consister en l'élaboration d'un nouveau contrat de mariage ou de conventions diverses. Il pourrait également s'agir d'informations juridiques visant à réorienter certains agissements

ou à maximiser les droits des conjoints⁵¹.

L'implantation d'un tel processus en matière familiale peut sembler utopique et illusoire. Nous sommes parfaitement conscient des réserves et des réticences qu'il peut susciter. Des obstacles liés aux coûts du processus et à la volonté des conjoints de se soumettre à un tel exercice peuvent également faire surface.

Ces réactions sont parfaitement légitimes. Le droit préventif nécessite une grande ouverture d'esprit et une capacité de se projeter dans le temps. Certains processus proposés dans le passé ont tout d'abord été décriés, mais se sont graduellement ancrés dans nos moeurs et font désormais l'objet d'une reconnaissance générale. Il y a quelques décennies, rares sont ceux qui auraient cru que, un jour, il aurait été possible de régler un conflit matrimonial sans l'intermédiaire d'avocats. Aujourd'hui, la médiation familiale s'inscrit pourtant au nombre des processus de résolution des différends familiaux et de plus en plus de couples en reconnaissent le caractère positif. Aussi est-il permis d'espérer que la prévention en matière juridique progressera peu à peu dans les mentalités.

L'utilité du suivi juridique de la situation matrimoniale des conjoints peut se manifester à différents égards. En voici quelques illustrations.

2.3.2 *Cas d'application*

2.3.2.1 L'AJUSTEMENT DES DÉCISIONS EN SÉPARATION DE BIENS À LA SUITE DE L'INSTITUTION D'UN PATRIMOINE FAMILIAL OBLIGATOIRE

Imaginons le cas de conjoints mariés en 1980 en séparation de biens. Tous deux travaillent à l'extérieur du foyer et entendent répartir également les dépenses du couple. À cette fin, les époux conviennent, en début d'union, de confier à Madame la charge d'effectuer, à même son salaire, les versements hypothécaires relatifs à la résidence familiale dont elle est propriétaire et de laisser à Monsieur le soin d'assurer au couple une retraite confortable en faisant les placements de fonds qu'il jugera appropriés. Dans la mesure où Monsieur place son argent dans des certificats de dépôt à terme, acquiert un portefeuille d'actions ou investit dans l'immobilier, l'institution d'un patrimoine familial obligatoire en 1989 viendra compromettre l'équilibre économique voulu par les conjoints⁵².

En effet, au moment d'une éventuelle rupture, la résidence familiale fera l'objet d'un partage en valeur, puisqu'elle compte au nombre des biens qui composent le patrimoine familial⁵³. Au contraire, les placements de Monsieur demeureront sa propriété exclusive, sans possibilité pour Madame d'en réclamer le partage. Les époux, qui souhaitaient établir une juste contribution aux dépenses, ont donc vu leur volonté dénaturée par l'adoption d'une mesure législative impérative. L'intervention d'un juriste, dans le cadre d'un processus de suivi juridique, aurait permis de réévaluer la situation en temps requis et d'apporter les ajustements appropriés.

Notons qu'aux termes de l'article 422 du *Code civil du Québec*, le tribunal a le pouvoir de décréter un partage inégal du patrimoine familial, si le partage égal entraîne une injustice. Les tribunaux interprètent cependant cette disposition de façon restrictive et exigent la démonstration de circonstances très sérieuses pour lui donner application⁵⁴. Il ne s'agit donc pas d'un remède

d'utilisation courante.

2.3.2.2. LE PAIEMENT PARTIEL DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE DURANT LE MARIAGE

Le suivi juridique en matière familiale peut également s'avérer profitable par le recours aux règles relatives à la prestation compensatoire. En effet, le suivi juridique donne l'occasion au notaire de vérifier en cours de mariage si les conditions d'attribution d'une prestation sont réunies à l'égard d'une période passée et, si tel est le cas, de proposer aux conjoints de voir à la compensation nécessaire⁵⁵. En outre, l'exercice lui permettra d'informer les conjoints sur les mesures à prendre pour éviter qu'un enrichissement injustifié ne se répète dans l'avenir.

Le mariage constitue un momentum idéal pour s'attarder à ce genre de problématique. En fait, on a avantage à régler les questions potentiellement explosives alors que les conjoints s'entendent, plutôt que d'attendre au moment de la rupture où la communication risque d'être plus difficile. De plus, en proposant le paiement de la prestation compensatoire durant le mariage, on profite de la solvabilité du conjoint débiteur, si tel est le cas, et on évite que l'enrichissement procuré par l'apport de l'autre n'existe plus au moment de la rupture⁵⁶.

La possibilité d'effectuer le paiement de la prestation en cours de mariage est d'ailleurs reconnue par le législateur à l'article 430 du *Code civil*. Il importe cependant de préciser que le tribunal demeure seul compétent pour décider du droit à la prestation compensatoire lors de la rupture⁵⁷. Si le tribunal estime que les sommes versées durant le mariage n'étaient pas suffisantes, elles ne constitueront alors qu'un acompte sur le montant total qu'il déterminera.

2.3.2.3 AUTRES APPLICATIONS

Ces deux cas illustrent l'utilité du suivi juridique en matière familiale et permettent de réaliser son efficacité préventive. D'autres interventions pourraient également s'avérer profitables.

Pensons simplement aux problèmes de preuve qui pourraient être éliminés par une mise à jour durant le mariage de l'inventaire des biens annexé au contrat de mariage. En établissant périodiquement le droit de propriété des biens acquis durant l'union et en identifiant les sommes ayant servi à les acquérir, on contribuera certainement à faciliter le partage du patrimoine familial et du régime matrimonial au moment de la dissolution⁵⁸.

En outre, le suivi juridique constitue l'occasion pour les conjoints d'assurer la bonne exécution de la clause d'indemnité annuelle proposée et d'y apporter certaines adaptations en fonction de l'évolution de la vie familiale et des circonstances économiques.

La clause de suivi juridique pourrait être libellée de la façon suivante:

SUIVI JURIDIQUE

Les futurs époux reconnaissent que le présent contrat est établi en fonction des faits existants, des prévisions raisonnables qui peuvent être faites sur la base de ces faits et des législations et réglementations en vigueur ce jour. Ils sont pleinement conscients qu'une évolution dans leur situation ou qu'un changement dans l'état du droit pourrait affecter l'équilibre des prestations voulu aux termes des présentes.

En conséquence, les futurs époux s'engagent à consulter un juriste de leur choix, à tous les ... ans à compter d'aujourd'hui, et à requérir un examen juridique quant à leur situation matrimoniale et familiale, de façon à ce que les rajustements appropriés, le cas échéant, puissent être effectués en temps requis.

Les frais des consultations seront à leur charge commune, proportionnellement aux facultés respectives de chacun.

2.4 La détermination du mode de gestion de la rupture dans le contrat de mariage

Les stipulations proposées dans le contrat de mariage visent à prévenir la naissance de différends en matière familiale. Il serait utopique de croire qu'elles pourront régler tous les problèmes juridiques reliés au couple.

Si la naissance de différends n'est pas toujours problématique, le mode de leur résolution peut quant à lui le devenir⁵⁹. Un différend qui aurait pu se régler efficacement peut parfois dégénérer en véritable litige si le moyen utilisé pour le résoudre n'est pas approprié. Le droit préventif n'a pas seulement pour fonction de prévenir les différends. Il vise également à orienter ceux qui n'ont pu être évités à la faveur d'un processus susceptible de maintenir la communication entre les parties opposées et à favoriser la réorientation de la relation. À ce sujet, le professeur Macdonald écrit:

Une des fonctions les plus importantes qu'une convention bien conçue peut accomplir est d'aider les parties à mieux comprendre et formuler leurs désaccords. Là où un ressentiment non différencié ne trouve pas d'orientation ou d'image adéquate pour son expression, il est vraisemblable que la querelle va demeurer sans solution jusqu'à ce qu'elle prenne des proportions beaucoup plus grandes au point d'exploser de manière imprévisible et incontrôlable en un conflit qui rend impossible tout règlement facile.⁶⁰

Comme le signalait le juge en chef Deschênes, "le système judiciaire n'est pas outillé pour faire face aux problèmes innombrables et souvent nouveaux que les litiges familiaux entraînent dans leur sillage"⁶¹. Le débat contradictoire sur lequel est fondée l'action des procureurs entraîne souvent la polarisation des discussions et le durcissement des positions. En introduisant un tiers adjudicateur chargé de trancher le conflit sur la base d'une norme objective imposée, le système judiciaire favorise un règlement fondé sur l'extinction du litige dans un cadre qui compromet généralement la poursuite des échanges⁶².

La relation des conjoints est pourtant appelée à se poursuivre après la rupture. Que ce soit dans le cadre des rapports avec les enfants ou autrement, les conjoints seront contraints à une certaine fréquentation et les échanges entre eux devront nécessairement être maintenus. Aussi les liens de

communication ont-ils intérêt à être sauvegardés et redéfinis en fonction d'une nouvelle perspective⁶³.

À cet effet, la médiation familiale représente une alternative intéressante au système judiciaire, en proposant un cadre basé sur l'autodétermination des conjoints dans la gestion et le règlement de leurs différends⁶⁴.

La médiation familiale peut se définir comme étant le processus par lequel les conjoints, ensemble, avec l'aide du médiateur, isolent systématiquement les problèmes de manière à élaborer des solutions et à conclure des ententes qui correspondent à leurs attentes mutuelles, à leurs besoins et à ceux de leurs enfants⁶⁵. L'implication directe des parties opposées et les consentements donnés à la base du règlement du différend assurent généralement un plus grand respect et une plus grande stabilité de l'accord intervenu⁶⁶.

Cela dit, les conjoints pourraient-ils, dans leur contrat de mariage, s'engager à soumettre le règlement d'une rupture éventuelle à la médiation, étant entendu que l'entente qui en résultera demeurera soumise à l'appréciation du tribunal?

Il est clair qu'une stipulation de ce type ne saurait lier le tribunal saisi au moment d'une rupture et l'obliger, avant toute tentative de médiation, à référer les conjoints au médiateur. Le législateur a conféré à la Cour supérieure une juridiction exclusive en cette matière et les conjoints ne pourraient aucunement lui en retirer l'exercice par une stipulation contractuelle. Un conjoint pourrait donc décider, au moment de la rupture, d'ignorer la stipulation apparaissant au contrat de mariage et soumettre directement au tribunal les questions en litige.

Une clause de médiation nous apparaît néanmoins profitable dans le contrat de mariage⁶⁷. Elle établira d'abord le caractère avantageux que les conjoints reconnaissent à la médiation familiale et énoncera par le fait même leur intention d'être les agents du règlement de leurs différends. Il est par ailleurs probable qu'elle aura valeur d'engagement moral entre eux, ce qui n'est pas négligeable. Aussi, au moment de la rupture, un conjoint pourrait-il se sentir moralement lié par cette stipulation et malvenu de s'adresser directement au tribunal, contrairement à la volonté exprimée⁶⁸.

La clause de médiation familiale pourrait être libellée de cette façon:

MÉDIATION FAMILIALE

Les futurs époux déclarent avoir été informés de la nature et des modalités de la médiation familiale comme mode de gestion des différends.

En considération des avantages qu'ils lui reconnaissent, les futurs époux s'engagent par les présentes à soumettre tout différend pouvant les opposer lors de la rupture de leur union à la médiation d'un médiateur familial accrédité qu'ils désigneront d'un commun accord, avant tout recours aux tribunaux.

Les frais afférents à la médiation seront à leur charge commune, proportionnellement aux facultés respectives de chacun.

CONCLUSION

L'approche préventive du droit recueille de plus en plus d'adeptes parce qu'elle constitue un complément valable aux conceptions juridiques traditionnelles. Ses fondements théoriques ont été développés au cours des dernières décennies, de sorte qu'il est maintenant possible et souhaitable de proposer l'élaboration d'instruments de pratique professionnelle susceptibles d'en favoriser l'application à grande échelle.

Bien sûr, le droit préventif s'imposera véritablement lorsque les juristes, et plus spécifiquement les notaires, entreprendront sa promotion. Dès lors, l'approche reflétera dans l'esprit des gens un sens plus concret et plus pratique. Bien plus qu'un défi professionnel, le virage préventif constitue une véritable nécessité sociale.

CONTRAT DE MARIAGE; DROIT PRÉVENTIF; PENSION ALIMENTAIRE

* Le présent article constitue une version remaniée et plus détaillée d'une conférence prononcée le 31 mars 1995 à la faculté de droit de l'Université McGill.

** Chargé de cours à la faculté de droit de l'Université de Montréal et de l'Université de Sherbrooke, et étudiant au doctorat en droit à l'Université Laval.

1. NOREAU, P., *Droit préventif: le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, p. 103.
2. Art. 391 à 430 C.c.Q.
3. Voir LESAGE, R., "Déjudiciariser le conflit familial", dans LAURENT-BOYER, L., (dir.), *La médiation familiale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 93, à la page 94.
4. Voir LAMBERT, J., "Le fléau de la judiciarisation", *Le Devoir*, 14 août 1990, p. 11.
5. Le professeur Jacques Auger affirme d'ailleurs avec justesse que "le domaine des conventions matrimoniales est l'un des secteurs de l'activité notariale le plus tributaire de la formule préimprimée": AUGER, J., "Une formule pas comme les autres", (1974) 76 *R. du N.* 406, 406.
6. MACDONALD, R.A., "Images du notariat et imagination du notaire", (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 14 et suiv.
7. BURMAN, D., "Rapports pécuniaires entre époux", (1988) 22 *R.J.T.* 149, 155.
8. LEMENNICIER, B., *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, PUF, 1988, p. 117, et WEITZMAN, L., *The Marriage Contract*, New-York, Free Press, 1981.
9. Voir NOREAU, P., *Droit préventif: le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, p. 13.
10. Voir BROWN, L.M., "Preventive Law - My Field of Lifelong Concentration - is, by Contrast, Directed by the Future", décembre 1991, 10 *Preventive Law Reporter*, 18, 18.
11. Voir LAURENT-BOYER, L., "La médiation familiale: définition, cadre théorique, bienfaits pour la famille et étude de modèles", dans LAURENT-BOYER, L., (dir.), *La médiation familiale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 3, à la page 6. Pour des statistiques plus globales, voir LABRIE, J., et LANGLOIS, M., "La médiation familiale et les travailleurs sociaux", (1992) *Revue de la Corporation professionnelle des travailleurs sociaux du Québec*, 13, 13.

12. Voir BROWN, L.M., "Preventive Law - My Field of Lifelong Concentration - is, by Contrast, Directed by the Future", décembre 1991, 10 *Preventive Law Reporter*, 18, 18.
13. Art. 8 et 9 C.c.Q.
14. Voir AUGER, J., "La clause de divorce", (1976) 79 *R. du N.* 80, 85.
15. (1993) R.J.Q. 663; R.D.F. 724 (C.A.). Bien que des conjoints aient pu stipuler une clause relative au divorce ou à la séparation de corps 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 certainement au conjoint fautif les avantages qu'il comptait retirer de la stipulation. Il importe de bien préciser que la clause en tant que telle 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 (art. 6 et 7 C.c.Q.). La doctrine considère cependant qu'une telle éventualité demeure très peu probable: voir AUGER, J., "La clause de divorce", (1976) 79 *R. du N.* 80, 91 et suiv; COMTOIS, R., *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.
16. *Droit de la famille - 1739*, (1993) R.J.Q. 663; R.D.F. 724 (C.A.).
17. Art. 414 à 426 C.c.Q.
18. Art. 487 C.c.Q.
19. Tout comme en matière de séparation de biens, le bien sur lequel aucun des conjoints ne peut prouver son droit de propriété exclusif est présumé appartenir aux deux indivisément, à chacun pour moitié: art. 460 C.c.Q.
20. Art. 459 C.c.Q.
21. Il importe de bien noter que la jurisprudence et la doctrine majoritaires considèrent 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 notamment *Droit de la famille - 1463*, [1991] R.J.Q. 2514, 2517 (C.A.); *Droit de la famille - 980*, [1991] R.J.Q. 1104, 1108 (C.S.); *Droit de la famille - 1317*, [1990] R.D.F. 272 (C.S.); *Droit de la famille - 1349*, [1990] R.D.F. 562, 564 (C.S.); *L. c. G.*, C.S., Québec, 200-12-040685-894, 18 juillet 1990, j. Moisan; CIOTOLA, P., et GAGNON, N., "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 à 31, et SENÉCAL, J.-P., *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 45.
22. CIOTOLA, P., et GAGNON, N., "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.
23. *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e supp.) et ses modifications (ci-après appelée "Loi sur le divorce"), art. 15 et 17.
24. *Moge c. Moge et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes*, [1992] 3 R.C.S., 813.
25. Voir notamment *Droit de la famille - 623*, [1989] R.D.F. 196, 201 (C.A.) et *Droit de la famille - 1688*, [1992] R.J.Q. 2797 (C.A.).
26. *Moge c. Moge et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes*, [1992] 3 R.C.S. 813, 852, 853, 857 et 858. Voir également les propos du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *G. (L.) c. B. (G.)*, Cour suprême du Canada, n^o 23629, 21 septembre 1995, p. 23 et 25. Voir enfin PAYNE, J. D., "Spousal and Child Support After *Moge, Willick and Levesque*", (1995) 12 *C.F.L.Q.* 261, 271.

27. Voir GOUBAU, D., "Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada", (1993) 72 *R. du B. can.* 279, et SENÉCAL, J.-P., "Décisions récentes: rapport n° 93", *Droit de la famille québécois*, Farnham, CCH, 1993, p. 14. Voir également *Droit de la famille - 1688*, [R.J.Q.] 2797, et *Droit de la famille - 1932*, [1994] R.D.F. 205.
28. GOUBAU, D., "Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada", (1993) 72 *R. du B. can.* 279, 291, et SENÉCAL, J.-P., "Décisions récentes: rapport n° 93", *Droit de la famille québécois*, Farnham, CCH, 1993, p. 14.
29. *Moge c. Moge et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes*, [1992] 3 R.C.S., 813.
30. GOUBAU, D., "Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada", (1993) 72 *R. du B. can.* 279, 289, et SENÉCAL, J.-P., "Décisions récentes: rapport n° 93", *Droit de la famille québécois*, Farnham, CCH, 1993, p. 14.
31. *Moge c. Moge et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes*, [1992] 3 R.C.S., 813.
32. *Moge c. Moge et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes*, [1992] 3 R.C.S., 813.
33. Art. 396, al. 2 C.c.Q.
34. *Droit de la famille - 1688*, [1992] R.J.Q. 2797 (C.A.). Ce jugement de la Cour d'appel du Québec a été prononcé quelque temps avant l'arrêt *Moge*, mais retient essentiellement les mêmes principes quant à la nature compensatoire de la pension alimentaire entre ex-conjoints.
35. Voir GRASSBY, M., "Les femmes dans la quarantaine et la pension alimentaire", (1992) 52 *R. du B.* 3. Voir également *Droit de la famille - 1688*, [1992] R.J.Q. 2797, 2807.
36. On prend pour acquis que les conjoints ne se sont pas soustraits du champ d'application des dispositions relatives au patrimoine familial avant le 1^{er} juillet 1989: voir *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, art. 42.
37. Voir les propos du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *G. (L.) c. B. (G.)*, Cour suprême du Canada, n° 23629, 21 septembre 1995, p. 38; GRASSBY, M., "Les femmes dans la quarantaine et la pension alimentaire", (1992) 52 *R. du B.* 3. Voir également *Droit de la famille - 1688*, [1992] R.J.Q. 2797.
38. Au sujet des conséquences économiques reliées à l'activité au foyer, voir GRASSBY, M., "Les femmes dans la quarantaine et la pension alimentaire", (1992) 52 *R. du B.* 3.
39. GOUBAU, D., "Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada", (1993) 72 *R. du B. can.* 279, 290.
40. *Droit de la famille - 1739*, [1993] R.J.Q. 663.
41. *Idem.*
42. Évidemment, le pourcentage devra être préalablement déterminé en tenant compte, notamment, des conséquences fiscales pouvant résulter des transferts.
43. *Idem.*
44. *Loi de l'impôt sur le revenu du Canada*, L.R.C., 1985 (5^e suppl.), c. 1 et mod., art. 146 (5.1), et *Loi sur les impôts du Québec*, L.Q., 1977, c. I-3, art. 923.
45. Art. 415 C.c.Q.
46. *Moge et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes*, [1992] 3 R.C.S., 813.
47. [1993] R.J.Q. 663.
48. Voir NOREAU, P., *Droit préventif: le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, p. 39 et suiv., et MORISSETTE, Y.-M., "(Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice", (1991)

51 *R. du B.* 586, 589 et suiv.

49. MACDONALD, R.A., "Images du notariat et imagination du notaire", 1 *C.P. du N.* 1, 66.

50. Il existe d'ailleurs une certaine forme de suivi juridique sur les plans commercial et industriel, le *periodic legal audit*, développé au début des années 1960 par le professeur Louis M. Brown de l'Université de Californie du Sud. À ce sujet, voir spécialement BROWN, L.M., et KANDEL, A.O., *The Legal Audit: Corporate Internal Investigation*, New-York, Clark Broadman Callaghan, 1993; JONES, R., *Practice Preventive Corporate Law*, New-York, Ali-Aba, 1985; JENNINGS, M.M., et SHIPPER, F., *Avoiding and Surviving Law Suits*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers Inc., 1989, 240 p.; GOLDBLATT, M., "Preventive Law in Corporate Practice", (1992) 31 *Business Law Monographs*, 1. Il importe de noter que le suivi juridique en entreprise peut être réalisé soit par un juriste de l'intérieur, dans la mesure où l'entreprise visée a déjà un service juridique, soit par un juriste de l'extérieur: voir particulièrement BRUNS, N. jr, "Corporate Preventive Program", octobre 1985, *Preventive Law Reporter* 30, 31. Le *legal audit* fait l'objet de certains travaux intéressants au Québec depuis quelques années: voir AUBÉ, G., "La pratique du droit préventif en entreprise par un conseiller juridique à l'interne", document préparé pour le Centre de droit préventif du Québec, Montréal, 1991, et TOUSIGNAN, D., *La prévention des litiges dans l'entreprise*, Sherbrooke, faculté de droit, 1995.

51. Voir notamment JONES, R.V.A., "Preventive Lawyering is Downstream Planning", 1988, *Canadian Bar Association (Ontario)* [Institute on continuing legal education] 1, 6.

52. *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.

53. Art. 415 C.c.Q.

54. Voir notamment *Gagné c. Gagné*, C.S.Q. 200-12-040-685-894 (le 18-07-90), M. le juge Jean Moisan; *Droit de la famille - 980*, [1991] R.J.Q. 1104, 1108 (C.S.); *Droit de la famille - 1473*, [1991] R.D.F. 691 (C.S.), M. le juge François Chevalier; *Vézina c. Vézina*, C.S. Rimouski, 100-12-004546-902 (le 19-02-92), M. le juge Robert Lesage.

55. Art. 427 à 430 C.c.Q.

56. Voir *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, 1283 et suiv.

57. Voir CIOTOLA, P., "Le patrimoine familial et diverses mesures pour favoriser l'égalité économique des époux", (1989) 2 *C.P. du N.* 1, 99; AQUIN, F., "La loi 89 et les accords à l'occasion des séparations et des divorces", (1981) 1 *C.P. du N.* 177; SENÉCAL, J.-P., *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 130.

58. Art. 450(3) et 418 C.c.Q.

59. NOREAU, P., *Droit préventif: le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, p. 76-77; BELKNAP, L.H., "The Purposes and Forms of Preventive Law: an Analytic Framework for Legal Relationships (Part I)", June 1985, 3 *Preventive Law Reporter* 155, 158 et suiv.

60. MACDONALD, R.A., "Images du notariat et imagination du notaire", (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 69.

61. DESCHÊNES, J., "Préface", dans LAURENT-BOYER, L., (dir.), *La médiation familiale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. VII.

62. MURRAY, A., "La médiation familiale: une progression rapide", (1986) *R.D.F.* 32. Voir aussi DAUER, E.A., "Future of the Legal Profession Lies in Utilizing Preventive Law", mars 1990, 9 *Preventive Law Reporter* 20, 22, et MILNER, A., "Settling Disputes: The Changing Face of English Law", (1974) 20 *McGill L.J.* 521, 541 et suiv.

63. BROWN, L.M., "Arbitration-Mediation-Preventive Law: What is Justice?", juin 1991, 10 *Preventive Law Reporter* 2, 2.

64. Au sujet de la médiation familiale, voir notamment MATTEAU, S., et PARADIS, S., "La médiation du divorce, dans l'intérêt de la famille et des enfants", (1986) 46 *R. du B.* 815; CLOUTIER, A., "Le processus judiciaire et la famille", (1988) 19 *R.G.D.* 373, 390-391; SENÉCAL, J.-P., "La médiation familiale: un nouveau champ d'exercice", (1994) 54 *R. du B.* 3. Voir également NOREAU, P., *Droit préventif: le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, p. 104 et suiv.; DAUER, E. A., "Justice Irrelevant: Speculations on the Meaning of a Movement", septembre 1991, 10 *Preventive Law Reporter* 18.
65. Voir FOLBERG, J., et TAYLOR, A., *Mediation: A Complete Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco, Jossey-Bass Pubs., 1984, p. 7; MATTEAU, S., et PARADIS, S., "La médiation du divorce, dans l'intérêt de la famille et des enfants", (1986) 46 *R. du B.* 815, 817; SENÉCAL, J.-P., "La médiation familiale: un nouveau champ d'exercice", (1994) 54 *R. du B.* 3, 6; voir également les articles 2.1, 3.1 et 3.3. du *Code de déontologie de l'Association de médiation familiale du Québec*.
66. Voir OUELLETTE, M., *Droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, p. 324-325; LESAGE, R., "Déjudiciariser le conflit familial", dans LAURENT-BOYER, L., *La médiation familiale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 93, à la page 99, et GOUBAU, D., "Incidences de la réforme du droit de la famille sur le rôle des juges au Québec", (1988) 19 *R.G.D.* 393, 404. Voir aussi RICHARDSON, C.J., *La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes: un aperçu des résultats de recherche*, ministère de la Justice, Ottawa, 1988, p. 31.
67. CIOTOLA, P., et GAGNON, N., "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, 56.
68. LEMENNICIER, B., *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, PUF, 1988, p. 117.