

LE DON EN FAMILLE

par Alexandra Popovici et Régine Tremblay

Alexandra Popovici est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Régine Tremblay est professeure à la Peter A. Allard School of Law, University of British Columbia.

Donne-t-on de la même manière à un membre de sa famille qu'à un étranger? Le droit, depuis qu'il a été codifié, semble univoque : donner en famille n'a rien à voir avec donner à autrui. L'acte de se départir de ses biens quand il s'agit de les garder en famille s'inscrit dans un régime propre qui ne correspond en rien avec l'acte de donner à un étranger. Pourquoi? Parce que si, comme le veut le vieil adage, « donner et retenir ne vaut », en famille, donner et retenir semble possible. Mais comment le droit, qui ne connaît qu'une seule définition du don et parallèlement, a une vision mouvante de la famille, se saisit-il de ce paradoxe? L'esquisse qui suit tente de répondre à cette question. À travers une brève histoire du don et de la famille en droit, les auteures jettent un regard juridique sur la famille et le don en droit d'hier à aujourd'hui.

DU DON À LA DONATION. DÉFINITION JURIDIQUE DU DON?

« Un homme fait une donation dans l'intention que la chose passe à l'instant au donataire et ne lui revienne en aucun cas, et cette donation n'a d'autre cause que l'envie qu'il a d'exercer sa libéralité et sa munificence »

La loi 1 du Digeste, De *donationibus*

Le don, que le droit privé nomme impunément la donation, est une manière d'acquérir la propriété. D'abord comprise comme une libéralité, c'est-à-dire un acte à titre gratuit emportant disposition, la donation est

aujourd'hui comprise comme un véritable contrat nommé, c'est-à-dire un contrat faisant l'objet d'une réglementation propre. Mais la donation est-elle un contrat comme les autres?

Compris à l'article 1806 du *Code civil du Québec* (CcQ) comme « le contrat par lequel une personne, le donateur, transfère la propriété d'un bien à titre gratuit à une autre personne, le donataire », la donation actuelle ressemble grandement à celle du Digeste : pour qu'il y ait donation, il faut en effet que le donateur donne sans contrepartie un bien à un donataire qui l'accepte. Aussi, si la donation est un contrat, c'est-à-dire un accord de volonté qui produit des effets juridiques, c'est un contrat particulier : contrairement à la vente qui suppose un échange et qui est formé dès qu'il y a accord entre les parties, la donation est un contrat formaliste qui demande soit un acte notarié publié ou, s'il s'agit d'un meuble corporel¹, du transfert actuel de l'objet au donataire (on parle alors de don manuel)². Cette forme est importante et souligne la réticence du droit face au don : en imposant soit la publication, soit

1. Les biens meubles sont divisés en deux catégories juridiques distinctes, les « meubles corporels » et « meubles incorporels ». Voir le mot « Meubles ». Les créances, les brevets, les obligations émises par les sociétés, les clientèles, le droit au bail sont des meubles incorporels. Les automobiles, les avions, les navires, les livres, le mobilier garnissant un logement sont des meubles corporels. (Dictionnaire du droit privé, www.dictionnaire-juridique.com)

2. Sur la donation au Québec aujourd'hui, voir Ciotola, et al. 2014. Sur le formalisme inhérent au contrat de donation et son importance pour garder les biens en famille, voir Vincelette, 1993.

le transfert immédiat du bien, elle souligne au donateur l'irrévocabilité de son dépouillement et l'irrationalité de son geste gratuit³.

Il y a deux types de donations : **la donation entre vifs** (*inter vivos*) et **la donation à cause de mort** (*mortis causa*). La donation entre vifs emporte le dessaisissement immédiat du donateur. Ainsi, elle porte sur des biens présents et est irrévocable. On parle de donation à cause de mort quand le dessaisissement du donateur n'est pas immédiat et qu'il est subordonné à son décès. Ce type de donation est nul à moins d'avoir été stipulé — et c'est ici que la famille fait surface — dans un contrat de mariage ou d'union civile⁴.

Mais pourquoi avoir voulu cette exception matrimoniale ? Qui est touché par cette exception ? À qui peut-on réellement donner ?

LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

Le Code civil du Québec « CcQ » est la pierre angulaire du droit privé au Québec — droit privé de tradition civiliste — et il contient l'ensemble des règles qui affectent les rapports interpersonnels. Véritable symbole (Parent, 2005), certains l'ont décrit comme un contrat social (Rémillard, 2005) ou le jus commune (Longtin, 2005). Dans sa forme actuelle, il est entré en vigueur en 1994 après près de quatre décennies de travaux (1955). Il comprend dix livres sur les thèmes comme les personnes, la famille, les successions, les biens, les obligations et plus encore. Avant 1994, le code civil en vigueur dans la province était le Code civil du Bas Canada (1866-1994 « CcBC »).

LA FAMILLE

La famille en droit

La famille regroupe plusieurs réalités en droit. En droit social, elle peut faire référence autant aux couples mariés qu'aux couples qui cohabitent, avec ou sans

3. Comme le dit si bien Pierre Bourdieu : « le mot gratuit renvoie d'une part à l'idée d'immotivé, d'arbitraire : un acte gratuit est un acte dont on ne peut rendre raison (...) un acte fou, absurde, (...) ce qui est gratuit est ce qui est pour rien, ce qui n'est pas payant ... » (Bourdieu, 1996 : 150).

4. Art 1819 CcQ.

DÉFINITION - OBLIGATION ALIMENTAIRE

« Obligation dont l'objet est de fournir des aliments ».

Aliment(s) : « Bien ou service nécessaire à la satisfaction des besoins d'une personne. »

Source : Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les familles.

enfant⁵. En droit privé, plus particulièrement dans le livre 2 du CcQ, elle renvoie à la famille de droit, c'est-à-dire au couple qui gravite autour du mariage ou de l'union civile⁶ et aux parents inscrits à l'acte de naissance. Dans ce contexte, la famille correspond strictement aux relations conjugales et filiales formelles.

La famille, un concept mouvant

La famille a cependant subi plusieurs transformations au cours des dernières années. Dans les codes civils de la province de Québec — le CcQ et le *Code civil du Bas-Canada* (CcBC) — une « tendance à la nucléarisation »⁷ de la famille est observable. Le recadrage de la famille lignagère vers la famille nucléaire est palpable, tant à travers les institutions fondamentales du droit de la famille, qu'à travers la réglementation de la donation.

Par exemple, l'obligation alimentaire — couramment appelée la pension alimentaire — s'est modifiée avec les années. Sous le CcBC, cette obligation avait cours entre les parents et les enfants, les autres ascendants, et la belle-famille⁸. Les époux ne se devaient aucun aliment. Dans les années 1980, l'obligation alimentaire s'est resserrée et celle à l'endroit de la belle-famille a disparu⁹. Les ascendants pouvaient toujours en bénéficier et avec la libéralisation du divorce, les époux y ont fait leur apparition. Puis, en 1996, le Code a été modifié pour limiter les obligations alimentaires aux parents en

5. Voir par exemple l'article 61.1 de la Loi d'interprétation, RLRQ c I-16.

6. Cependant, dans certains cas, les unions de fait sont considérées. Voir l'article 555 CcQ.

7. Marianne Kempeneers, 2011, p. 20

8. Art 166-167 CcBC.

9. Art 633 CcQ (1980) qui deviendra plus tard l'article 585 CcQ.

ligne directe au premier degré¹⁰. En d'autres mots, il n'y a plus d'obligations alimentaires à l'égard des ascendants, grands-parents ou autres. Alors qu'autrefois l'obligation alimentaire visait les parents, les enfants, les grands-parents et la belle-famille, aujourd'hui elle ne concerne que les parents, les enfants et les époux.

Plusieurs autres mesures juridiques ont eu pour effet de mettre la famille nucléaire en avant-plan, comme le patrimoine familial. Alors qu'avant l'idée d'un patrimoine familial faisait référence aux biens de la famille qui se transmettaient de génération en génération, le patrimoine familial est dorénavant une masse de biens que l'on divise en valeur à la fin d'une union de droit, mariage ou union civile¹¹. La famille s'est recentrée, son étendue s'est limitée et le législateur s'attarde aujourd'hui à la dissolution du couple et à ses effets.

LES DIFFÉRENTS TYPES D'UNION AU QUÉBEC

Mariage : Il peut être civil ou religieux, entre partenaires de sexe opposé ou de même sexe.

Union civile : Union nécessitant une célébration et devant respecter des conditions de fond et de forme. Introduite en 2002, elle voulait entre autres permettre aux couples non-hétérosexuels d'officialiser leurs unions.

Union de fait : Elle fait référence aux gens non-mariés, accotés, en l'union libre. On parlait anciennement des concubins.

Autres ? Certaines unions conjugales pourraient comprendre plus de deux personnes. Au Québec, la question ne semble pas encore s'être posée, ce qui ne veut pas dire que les unions polyamoureuses n'existent pas.

Le don en famille

On retrouve des transformations similaires lorsqu'il s'agit du don. Comme nous l'avons vu, la donation par contrat de mariage n'a pas les mêmes pourtours que la donation pure. En effet, « on permet en contrat de

mariage des donations qui seraient prohibées dans tout autre contrat de donation »¹². Par exemple, sous la condition *si nuptiae sequantu*, on peut donner dans le futur, se dessaisir plus tard, à sa mort d'un bien et le donner à un membre de sa famille¹³. Pourquoi cette exception ? Pourquoi le droit a-t-il voulu encadrer cette pratique qui de prime abord semble contraire à l'idée même de don en droit qui suppose un dessaisissement immédiat ? Et comment a-t-il été limité ? À qui peut-on donner par contrat de mariage ?

Avant les codifications, sous l'Ancien droit, la donation par contrat de mariage avait un tout autre visage : on ne donnait simplement pas à son époux et si on s'y aventurait, le don était par nature révocable. En fait, la donation à l'être cher était non seulement prohibée *mortis causa*, elle l'était aussi *inter vivos*. C'est que les biens devaient absolument rester dans la famille lignagère : c'est-à-dire les collatéraux, les ascendants et les descendants. La femme ou le mari étaient exclus et pire, vus comme des usurpateurs, s'appropriant des biens qui ne leur revenaient pas et qu'ils avaient de par leur bonne grâce et l'amour que l'autre leur portait, enlever à la famille de sang¹⁴. La famille verticale était le lieu du don. Le don a pour fonction de garder les biens en famille.

Sous le CcBC, la mise change un peu : il est d'abord possible de donner par contrat de mariage *inter vivos* à son époux¹⁵, bien que les frères et sœurs des époux et les enfants du couple puissent encore être avantagés¹⁶. La famille change ainsi doucement de constitution : la famille par le sang reste bien présente, les enfants légitimes et la fratrie pouvant être bénéficiaires, mais l'épouse peut maintenant elle aussi recevoir gratuitement. Attention, celle-ci ne doit pas être confondue avec la concubine¹⁷ qui elle, reste bien à l'écart de ce geste gratuit, et donc irrationnel. Sous cette loi, il est également possible de donner *mortis causa* à son époux légitime, ses enfants, mais aussi ses frères et sœurs. Mais cette fois, la donation *mortis causa* est

12. Comtois, 1968, p 98. Sur l'exception familiale, voir également Bras Miranda, 1999, p 52 et suiv.

13. Voir par ex art 820 CcBC.

14. Zoltvany, 1971, p 369.

15. Art 819 CcBC.

16. Art 820, al 2 CcQ.

17. Art 768 CcBC.

10. Loi modifiant le Code civil en matière d'obligation alimentaire, LQ 1996, c 28.

11. Art 415 et ss CcQ.

irrévocable : bien que le donataire reste propriétaire des biens jusqu'à sa mort, une fois qu'il a stipulé un don *mortis causa* par contrat de mariage, le donataire est le seul qui puisse bénéficier gratuitement de ce bien¹⁸. Ces changements démontrent bien un nouvel intérêt du Législateur pour la famille conjugale, la famille horizontale, et un désir de protéger l'épouse légitime souvent laissée pour compte par la loi et la tradition¹⁹.

Sous le CcQ, on reste dans le même paradigme, bien que la notion de famille ait cette fois encore rétréci²⁰. Il est possible de donner *inter vivos* par contrat de mariage à son époux ou son conjoint unis civilement et à leurs enfants respectifs, nés ou à naître²¹. Si on veut avantager un autre membre de notre famille ou un conjoint de fait, ceux-ci seront considérés comme des tiers, des étrangers, et les articles sur la donation générale seront alors appliqués²². Pour les donations *mortis causa*, elles ne sont valides, comme nous le disions plus haut, que si elles sont faites par contrat de mariage. Si elles ne peuvent bénéficier qu'aux époux, aux conjoints unis civilement et à leurs enfants, il faut souligner qu'elles sont toujours modifiables ou révocables avec le consentement des intéressés²³. Le don n'est plus un outil de protection ou de solidarité, mais un geste égoïste de bienveillance.

LE PARADOXE

Donne-t-on réellement lorsque l'on donne en famille?

Ce recadrage engendre des questions importantes pour la famille et le don en droit. Si on peut imaginer des donations *mortis causa* pour certains membres de notre famille, c'est que le droit ne comprend pas la famille comme n'importe quelle relation juridique. Est-ce parce qu'à l'image de la sociologie, le droit comprend la famille comme le lieu du lien et non des

biens ?²⁴ Et si c'est le cas, comment comprend-il ses liens?

En fait, en droit civil, deux thèses s'opposent lorsqu'il est question de conceptions théoriques de la famille : les thèses personnalisantes et les thèses individualistes. Les premières défendent que la famille est une entité supérieure aux membres qui la composent, un corps, une personne morale avec des intérêts propres²⁵. Les secondes postulent que «la famille n'exprime qu'un complexe de rapports personnels», les liens s'y établissent d'individu à individu²⁶ et la famille n'a pas de fin propre autre que celle de ses membres compris individuellement²⁷.

Au Québec, on admet généralement que la famille n'est pas une entité, et ce malgré le recadrage de la famille vers la famille nucléaire et les effets attachés seulement à la famille légitime. La question mériterait d'être étudiée davantage : la manière dont on conçoit la famille a un impact sur le don.

En effet, la question est importante, car selon la qualification adoptée, la possibilité même de faire un don en famille n'est pas la même : si la famille est comprise comme une entité, le don n'est que symbolique puisqu'il reste dans le même patrimoine ; si au contraire la famille est comprise que comme des rapports personnels, il y a alors don au sens juridique du terme, mais il faut que chaque membre de la famille soit conçu comme indépendant l'un de l'autre. Auquel cas, qu'est-ce qui distingue les membres d'une famille de purs étrangers ? Et pourquoi garder un régime particulier de donation pour la famille?

18. Art 823 CcBC.

19. Sur l'émergence de l'épouse légitime il faut lire: Brisson et Kasirer, 1995, p 406-449.

20. Art 1840 CcQ.

21. Art 1839 CcQ.

22. Art 1806-1838 CcQ.

23. Art 1841 CcQ.

24. Godbout, 2000.

25. Voir Groffier, 1967, pp 17-19. Sur ces questions, il faut lire Millard, 1995, pp 27-58 ainsi que Rivet-Beausoleil, 1967 ; Savatier, 1939, p 49 ; Savatier, 1964.

26. Dabin, 1929.

27. Extrait de Dabin, 1949, p 329 et ss (introuvable). Extrait consulté dans Mazeaud et al., 1963, pp 680-685.

LA FAMILLE ET LE DON

Ce survol de l'histoire juridique du don en famille démontre bien les limites du droit privé quand il s'agit de comprendre des relations qui ne sont pas purement économiques, mais plutôt symboliques et affectives. Mieux encore, elle démontre que si le droit privé favorise le don en famille, il le fait au dépend d'une conception bien particulière de la famille, mais également des individus qui la composent.

RÉFÉRENCES

- Bourdieu, P., (1996) « L'acte désintéressé est-il possible? » dans *Raisons pratiques : sur la théorie de l'action*, Paris, Éditions du Seuil, pp. 149-150.
- Bras Miranda, G. (1999) *La prohibition des pactes sur succession future*, Cowansville Québec, Éditions Y Blais, 1999, p. 52 et suiv.
- Brisson, J.-M. et N. Kasirer, (1995) « The Married Woman in Ascendance, the Mother Country in Retreat: from Legal Colonialism to Legal Nationalism in Quebec Matrimonial Law Reform, 1866-1991 », *Man L J*, vol 23, p. 406-449.
- Ciotola, P. et M. Lachance, (2014) *De la donation*, Montréal, Wilson Lafleur, .
- Comtois, R., (1968) « Essai sur les donations par contrat de mariage », Montréal, Recueil de droit et de jurisprudence, p. 98.
- Dabin, J., (1929) *La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris, Librairie du recueil Sirey,
- Dabin, J., « Le problème de la personnalité morale de la famille » *Revue du Bulletin de l'académie royale de Belgique, classe des Lettres, 5e série, t XXXV, 1949, p 329 et ss* (introuvable). Extrait consulté dans Mazeaud Henri, Léon Mazeaud et Jean Mazeaud, *Leçons des droit civil*, Tome premier, 3ème éd, Paris, Montchrestien, 1963, pp. 680-685.
- Godbout, J., (2000) *Le don, la dette et l'identité : homo donator versus homo oeconomicus*, Montréal, Éditions du Boréal.
- Groffier, E., (1967) *La famille personne morale. Avantages et inconvénients*, Comité du droit des personnes et de la famille, Office de Révision du Code civil, pp. 17-19
- Kempeneers, M., (2011) « De la famille au couple, de quelle solidarité parle-t-on ? » dans Hélène Belleau et Agnès Martial, *Aimer et compter ? Droits et pratiques des solidarités conjugales dans les nouvelles trajectoires familiales*, Québec, Presses de l'Université du Québec, pp. 18-20.
- Longtin, M. J., (2005) « La Réforme du Code civil: la gestion d'un projet » Serge Lortie, Nicholas Kasirer & Jean-Guy Belley, dirs, *Du Code civil du Québec: contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, 2, p.188.
- Millard, Éric, (1995) *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp. 27-58
- Parent, S., (2005) « Le Barreau du Québec et la Réforme du Code civil » dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer & Jean-Guy Belley, dirs, *Du Code civil du Québec: contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, p.433.
- Rémillard, G., (2005) « Le nouveau Code civil: un véritable contrat social » dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer & Jean-Guy Belley, dirs, *Du Code civil du Québec: contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, p. 283.
- Rivet-Beausoleil, M., (1967) *La société conjugale. Est-il possible de la considérer comme une personne morale ?* Office de Révision du Code civil.
- Savatier, R., (1939) « Une personne morale méconnue: La famille en tant que sujet de droit », *ChroniqueXIII - Dalloz*, p. 49
- Savatier, R., (1964) *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 3ème éd, Paris, Dalloz.
- Vincelette, D. (1993) « La donation dans la réforme du Code civil », dans *La réforme du Code civil*, vol 1, Québec, Presses de l'Université Laval, p. 433.
- Zoltvany, Y. F. (1971) « Esquisse de la Coutumes de Paris », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol 25, n 3, p 365-384, p. 369.