

Les Cahiers de droit



Remarques sur l'avant-projet de protection de la résidence familiale

Ernest Caparros

Volume 12, Number 2, 1971

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004921ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004921ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Caparros, E. (1971). Remarques sur l'avant-projet de protection de la résidence familiale. *Les Cahiers de droit*, 12(2), 315–329. <https://doi.org/10.7202/1004921ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1971

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Remarques sur l'avant-projet de protection de la résidence familiale *

INTRODUCTION

Le comité des droits des personnes et de la famille de l'Office de révision du code civil a rendu public au début de mars son rapport sur la protection de la résidence familiale ¹.

Nous sommes, encore une fois ², devant un dilemme face à ce nouvel avant-projet. D'un côté, nous ne pouvons qu'être très favorables à la nouvelle dimension familialiste que l'Office propose ³, mais de l'autre, il nous est impossible d'accepter le morcellement des éléments juridiques de la protection de la famille et même si, pour des raisons politiques ⁴, un tel morcellement pourrait apparaître inévitable. Il nous serait impossible d'endosser l'avant-projet dans sa teneur actuelle.

Nous ne pouvons, évidemment, être opposés aux principes sous-jacents dans l'avant-projet, d'autant moins qu'il contient des idées que, nous inspirant du droit comparé, nous avons déjà proposées ⁵ et qui nous semblent d'une grande justesse.

Cependant, nous ne pouvons pas accepter une protection partielle de la famille, car elle nous semble alors plutôt nuisible pour cette famille que l'on veut précisément protéger ⁶. De plus, nous pouvons accepter encore moins que le morcellement du régime primaire se fasse pour des simples raisons politiques et non pour des raisons de philosophie juridique ou de politique législative. Le morcellement actuel du régime primaire ne se base que sur la pression du gouvernement, et c'est là une très mauvaise façon de faire des lois. Nous avons déjà

* Présentées par Ernest CAPARROS, professeur agrégé, Faculté de Droit, Université Laval, au Comité du droit des personnes et de la famille de l'Office de révision du code civil.

¹ O.R.C.C., COMITÉ DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE, *Rapport sur la protection de la résidence familiale*, No XII, Montréal, polycopié, 1971 [ci-devant cité *Rapport*].

² Cf. E. CAPARROS et R. MORISSET, *Réflexions sur le Rapport du Comité des régimes matrimoniaux*, Québec, polycopié, 1967, partiellement publié à (1966-67) 8 *C. de D.* 143-214 (Nous ferons les références subséquentes, au besoin, à la publication dans *Les Cahiers de Droit*); E. CAPARROS, « Remarques sur le Bill 10, loi concernant les régimes matrimoniaux », (1969) 10 *C. de D.* 493-507.

³ Cf. *Rapport*, pp. 1 et 2.

⁴ Cf. *ibid.*, p. 1 et note 3.

⁵ Cf. E. CAPARROS et R. MORISSET, *supra*, note 2, pp. 201-204 et E. CAPARROS, *supra*, note 2, pp. 500-503.

⁶ Nous avons déjà exprimé cette idée aux membres du comité. Cf. D. FORTIN-CARON et J.-P. DUQUETTE, *Rencontre avec Monsieur le professeur Ernest Caparros, le 10 décembre 1969*, D/C/24, p. 4 et notre *Lettre du 5 février 1970* à madame D. Fortin-Caron.

malheureusement vécu des expériences dans ce domaine⁷. Nous sommes d'avis que la famille est une institution trop importante pour que le gouvernement — quel qu'il soit — puisse l'employer comme tremplin politique en se souciant moins du bien commun que de la rentabilité électorale.

Nous pensons, d'ailleurs, que dans la revision de notre droit civil, l'Office devrait pouvoir conserver une indépendance et une responsabilité personnelle intégrales. Car même si les raisons politico-électorales ne sont pas toujours les meilleures raisons juridiques, elles aboutissent facilement à une loi, et, une fois qu'elle est en vigueur les difficultés juridiques peuvent commencer à se présenter allant même jusqu'à créer d'autres injustices.

Si nous nous basons donc seulement sur des raisons juridiques, nous sommes obligés de rejeter l'avant-projet dans sa teneur actuelle parce qu'il est partiel (cet aspect de la question fera l'objet de notre première division). Cependant, sachant fort bien que lorsque le gouvernement veut faire sanctionner une loi, il ne s'attarde pas nécessairement à ces « petites choses » de l'esprit et de la raison, nous aborderons dans notre seconde division l'étude et la critique des textes proposés, afin de suggérer des modifications qui, d'après nous, devraient l'améliorer, même si son aspect partiel enlève, à notre avis, presque toute l'efficacité à cette nouvelle étape d'un droit familial nouveau dans laquelle l'Office de revision a décidé de s'engager.

1. LE RÉGIME PRIMAIRE

Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'élaborer encore longuement sur ce sujet. Mais il nous semble opportun de présenter de façon synthétique les éléments constitutifs, qui ne sont pas, par ailleurs, des pièces détachées qu'on peut prendre ou écarter sans conséquences, car c'est seulement lorsque ces éléments se retrouvent ensemble qu'on est en mesure d'apprécier la force et la portée du régime primaire.

Nous verrons par la suite, à l'aide du droit comparé, les inconvénients qui peuvent se présenter lorsque — comme dans l'avant-projet — on se limite à un seul élément du régime primaire voulant ainsi protéger la famille.

1.1. Les éléments constitutifs du régime primaire

Au stage actuel de nos recherches, malgré les éléments que nous avons pu présenter à d'autres moments⁸, il nous semble que le régime primaire se compose de trois éléments constitutifs montés sur un canevas. Expliquons-nous ; le canevas est le caractère impératif d'un tel régime et l'acceptation de la possibilité de limiter les pouvoirs des époux dans l'intérêt de la famille. Les trois éléments constitutifs — suivant le mode du triptyque — sont les dispositions pour protéger la demeure familiale, celles organisant la contribution des époux aux besoins de la famille et, finalement, celles qui réglementent les relations

⁷ Cf. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66 (Bill 16) ; *Programme du Parti Libéral*, 1960, arts 37 et 38 ; O.R.C.C., *Rapport sur la capacité juridique de la femme mariée* (Rapport Nadeau), Montréal, L'éditeur officiel du Québec, 1968, p. 56 et P. GÉRIN-LAJOIE, *Débats de l'Assemblée législative*, 1964, p. 906.

⁸ Cf. *supra*, note 2.

juridiques de la famille avec les tiers. Sans ces éléments le canevas a des vides et la « tapisserie » est incomplète.

Bien sûr cette « tapisserie » (s'il nous est permis d'employer une telle métaphore pour référer au régime primaire) peut être plus ou moins belle, en ce sens qu'elle peut être plus ou moins orientée vers la protection de la famille ; cependant, si un élément est absent elle disparaît. Evidemment, depuis que le code civil existe il y a eu des dispositions concernant la demeure familiale, la contribution aux besoins de la famille et ses relations avec les tiers, mais ces dispositions n'étaient pas nécessairement édictées dans le but de protéger la famille. Il semblerait, cependant, que l'Office de revision s'engage maintenant dans cette voie de la protection de la famille, étudions, donc, les éléments d'un tel régime primaire dans cette optique familialiste.

1.1.1. *La protection de la demeure familiale*

Avant de protéger la demeure, il faut la choisir. Il est normal, dès lors, que les premières dispositions contenues dans cet élément du régime primaire soient en rapport avec ce choix de la demeure en tenant toujours compte des intérêts de la famille, et, éventuellement en limitant réciproquement dans ce domaine les pouvoirs des époux.

Une fois le choix fait, les dispositions s'attardent à protéger le droit par lequel elle est assurée. Cette protection prend d'abord l'allure d'une préférence accordée au bien commun du groupe sur celui du titulaire du droit par lequel la demeure est assurée, mais qui peut aussi déborder, et c'est normalement le cas, sur les relations de ce titulaire avec des tiers par le truchement de l'insaisissabilité. Néanmoins, une telle protection du bien commun du groupe peut aussi avoir une manifestation contraire et cette demeure qui était déclarée insaisissable à l'égard des dettes de l'un des membres de la famille, peut, par contre, constituer le gage des créanciers de la famille afin de ne pas diminuer son crédit et de prendre ainsi des mesures en rapport avec la satisfaction de ses besoins.

On peut vite apercevoir l'enchevêtrement de telles dispositions ; nous avons là la « tapisserie » : chacun des fils jouant un rôle multiple pour accomplir le chef-d'œuvre !

Normalement, en outre, la protection ne se limite pas aux quatre murs et au toit ; les meubles meublants sont aussi compris dans cette protection et on y retrouve un enchevêtrement d'inter-relations semblables à celles du droit de propriété ou de la co-titularité locative, avec, bien sûr, des techniques différentes à cause de la nature même des biens qu'on veut protéger.

1.1.2. *La contribution aux besoins de la famille*

C'est peut-être l'élément le plus important et celui qu'on retrouve plus souvent isolé, même là où un régime primaire dans le but de protéger la famille n'existe pas.

Cependant, lorsqu'on a établi un tel régime primaire, le principe fondamental est la contribution mutuelle des époux aux besoins de la famille, mais aussi la reconnaissance explicite de modalités différentes de contributions. Dans un tel cas on arrive même à imposer à l'un ou à l'autre l'obligation principale dans le mode de contribution qu'il a choisi. Toutefois, la presque exclusivité

d'un mode de contribution n'écarte pas nécessairement le conjoint qui contribue d'une autre façon des relations avec les tiers, et ne l'empêche pas d'engager l'autre, pour autant que les dépenses ont été faites effectivement pour les besoins de la famille, sans se désengager lui-même néanmoins.

Finalement, puisque de telles dispositions préfèrent toujours le bien commun du groupe à celui de l'individu, on édicte des normes en vertu desquelles l'individu doit satisfaire les besoins de la famille avant les siens personnels, ou du moins avant ces besoins personnels, qui peuvent entrer en conflit avec ceux du groupe.

1.1.3. *Les relations juridico-économiques de la famille avec les tiers*

Puisque la famille a des besoins et que, à cause de l'évolution de ce groupe, elle n'est plus en mesure de les satisfaire avec la production familiale, les normes contenues dans un régime primaire, reconnaissent à des dettes un caractère familial ; en d'autres termes, dans une optique réaliste, on accepte enfin qu'il y ait des dettes qu'on pourrait appeler « familiales » ; dettes qui sont nées de la satisfaction des besoins de la famille, mais qui ne sont pas à proprement parler du mari ou de la femme.

En même temps, ces régimes primaires reconnaissent aux deux époux le droit de contracter pour les besoins de la famille, mais de leur chef, et sans aucune sorte de représentation ou de mandat. Cependant, comme ces dettes sont la conséquence de la satisfaction des besoins de la famille, il a fallu trouver un mécanisme, une technique, permettant d'un côté aux créanciers de se faire rembourser et de l'autre permettant à la famille de ne pas diminuer son crédit.

Cette technique n'est autre que la solidarité des époux dans les dettes contractées, par l'un ou par l'autre, pour satisfaire les besoins de la famille. Ainsi les deux peuvent passer les contrats nécessaires à la satisfaction des besoins de la famille et les deux seront solidairement responsables de telles dettes, même si — encore là pour protéger la famille — dans certains cas une telle solidarité ne joue pas.

Ici encore, l'enchevêtrement ou l'inter-relation se produit avec la demeure qui peut devenir, pour ces dettes, le gage des créanciers⁹.

C'est précisément à cause des inter-relations qui existent entre ces éléments du régime primaire qu'il nous semble impossible d'édicter des normes venant concrétiser l'un ou l'autre de ces aspects, car si on néglige l'un ou l'autre — si on n'attache pas en même temps tous les fils de la « tapisserie » — le régime primaire étant incomplet, des normes qui serviraient à protéger la famille, si elles étaient flanquées d'autres dispositions, peuvent plutôt lui nuire. Mais il y a plus ; de telles dispositions partielles ont souvent été peu efficaces.

1.2. *Les inconvénients de la protection partielle de la famille*

Il nous semble que nous avons mis suffisamment en relief — même si c'est de façon sommaire — les inter-relations des dispositions d'un régime primaire. Cependant, avant de faire l'étude d'ensemble de l'avant-projet, nous aimerions, encore de façon succincte, souligner quelques témoignages du droit comparé.

⁹ Cf. *supra*, 1.1.1.

1.2.1. Le témoignage du droit comparé

En droit comparé la protection partielle de la famille a commencé normalement par la protection de la demeure. Cependant, les raisons d'une telle protection n'étaient pas, à l'origine, d'ordre familial.

En effet, les *homesteads* américains, dont la première loi à cet effet date de 1839¹⁰, avaient comme but premier la colonisation de l'Ouest américain¹¹. C'était aussi dans ce même but, du moins à l'origine, que cette institution s'est répandue au Canada¹².

S'inspirant fortement aussi de ces *homesteads* américains d'autres pays avaient inséré dans leur droit des lois protectrices de la demeure familiale¹³. Mais encore dans ces cas il est permis d'affirmer que le but de ces lois était primordiallement en rapport avec des raisons socio-économiques (démographie et colonisation) et subsidiairement avec des raisons de protection de la famille¹⁴. Cependant, il semble que dans trois pays ces lois n'ont pas eu une trop grande portée pratique¹⁵.

En France notamment, devant la presque inutilité de la loi du bien de famille, le législateur a sanctionné d'autres lois ayant toujours comme but premier la solution de certains problèmes qui n'étaient pas nécessairement d'ordre familial¹⁶. Ces textes venaient régler des situations partielles dans des contextes donnés et ont abouti, surtout avec la modification introduite en 1965, à l'article 215 du code civil, à créer un imbroglio fort complexe et difficile à démêler¹⁷, qui n'est certes pas au profit de la famille.

¹⁰ République du Texas, *Loi du 26 janvier 1839*, 1 Paschal Dig. L. art. 3798 ; cité dans 40 C.J.S. *Homesteads* § 2, note 17 ; la première loi fédérale date de 1862, cf. *ibid.*

¹¹ Cf. dans un contexte historique, S. E. MORISON et H. S. COMMANGER, *The Growth of the American Republic*, vol. 2, New-York, Oxford University Press, 1962, pp. 280-282 ; et D. PERKINS et G. G. VAN DEUSEN, *The United States of America : A History*, vol. 1, New-York, MacMillan Co., 1962, pp. 680-684.

¹² Cf. *Loi des terres fédérales*, S.C. 1908, c. 20, devenue S.R.C. 1927, c. 113 et abrogée par la *Loi sur les Terres territoriales*, S.C. 1950, c. 22, art. 26. En Ontario, la *Free Grants and Homesteads Act*, 1868, devenue *The Public Lands Act*, R.S.O. 1960, c. 234. Au Québec aussi, même si la réglementation est quelque peu différente, le *homestead* se retrouve en rapport avec la colonisation, cf. *Acte pour protéger les colons*, S.Q. 1882, c. 12 ; ayant subi des modifications de détails cette loi se retrouve toujours dans notre droit : *Loi de la protection des colons*, S.R.Q. 1964, c. 106, arts. 3 et 4.

¹³ Cf. arts 349-359 c.c. suisse ; *Loi du 12 juillet 1909* (France), D.P. 1910.4.1 ; *Ley 14.394 del 22 de diciembre 1954* (Argentine), dans *Código civil de la República Argentina*, Madrid, I.C.H., 1950, pp. 935-939.

¹⁴ Cf. V. ROSSEL, *Code civil Suisse et Code fédéral des obligations*, 7^e éd. par A. ROSSEL, Lausanne, Payot, 1948, note à la p. 130 ; J. LARGUIER, Vo « Biens de famille », dans *Dalloz, Répertoire civil*, no 1, p. 470 ; S. CIFUENTES, « El bien de familia », (1962) 108 *La Ley, Revista jurídica Argentina* (Buenos Ayres), p. 1053 et H. VACA NARVAJA, « El Patrimonia familiar », (1963) 27 *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (Argentine), n° 23, pp. 344-346.

¹⁵ Cf. V. ROSSEL, *supra*, note 14, en note à la page 132 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1967, n° 1636, p. 597 ; H. VACA NARVAJA, *supra*, note 14, n° 22, p. 342.

¹⁶ Ainsi *Loi du 1^{er} septembre 1948*, J.O. 2 septembre 1948, D. 1948. L. 300 ; *Loi du 19 décembre 1961*, J.O. 20 décembre 1961, D. 1962. L. 6, J.C.P. 1961.III.22475 ; *Loi n° 62-902 du 4 août 1962*, J.O. 7 août 1962, D. 1962. L. 264.

¹⁷ Il nous est impossible de faire dans le cadre de ces remarques une étude détaillée de cette question. Cependant voir A. REIG, « L'immeuble d'habitation dans le droit patrimonial de la famille » dans J. CARBONNIER (éd.), *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, Bib. dr. privé, t. 49, Paris, L.G.D.J., 1963, pp. 431-489 et Y. GUYON, « Le statut du logement familial en droit civil », J.C.P. 1966. I. 2041.

D'une façon partielle aussi le législateur anglais a protégé récemment la famille par l'intermédiaire de la demeure ¹⁸.

Ces mesures partielles de protection de la famille ne donnent pas les résultats que les législateurs semblaient prévoir. En effet, c'est seulement lorsque de telles mesures se retrouvent incorporées dans l'ensemble des dispositions d'un régime primaire qu'elles protègent effectivement la famille ¹⁹, et encore, faut-il bien que d'autres dispositions législatives antérieures ne viennent pas débalancer l'équilibre d'une telle protection, comme il semble que ce soit le cas en France ²⁰.

L'inconvénient majeur de la protection partielle de la famille par l'intermédiaire de la demeure est donc, outre sa plus ou moins grande efficacité, l'insertion de mesures à tendance familiale dans un contexte souvent encore trop individualiste, qui vient, à cause de ce contexte, plutôt nuire au crédit de la famille et éventuellement aussi son épanouissement.

1.2.2. *Aperçu général de l'avant-projet*

Il y a, cependant, un aspect fort positif dans l'avant-projet : le but poursuivi est nettement celui de protéger la famille, ce qui n'était pas nécessairement l'objectif des lois protégeant partiellement la famille par l'intermédiaire de la demeure.

Toutefois, l'avant-projet ne s'attarde qu'à la protection de la demeure, et à ce point de vue on est en droit de douter de son efficacité lorsqu'on étudie en profondeur le droit comparé dans ce domaine. On est même en droit de craindre, et c'est plus grave, qu'une telle greffe familialiste dans notre code, assez fortement teinté encore d'individualisme, puisse être rejeté, et, éventuellement barrer la porte à ce droit familial nouveau que le comité de l'Office de revision veut élaborer.

On a, bien sûr, dans l'avant-projet le canevas — on accepte la possibilité de limiter les droits des époux, et on établit des normes impératives — mais la « tapisserie » n'est pas complète ; il y a des fils sans attache, ou qui ne sont pas attachés au bon endroit. Pourra-t-on faire accepter une telle tapisserie imparfaite, parce qu'incomplète, à notre population ? Nous en doutons fortement, mais, malgré nos réserves quant à la viabilité de l'avant-projet à cause de son aspect partiel, nous allons suggérer des modifications aux textes proposés car ils recèlent non seulement des difficultés d'application importantes, mais aussi des solutions qui peuvent être néfastes pour les familles du Québec.

2. L'ÉLÉMENT CONSTITUTIF PROPOSÉ DU RÉGIME PRIMAIRE

Comme nous venons de le mentionner, l'avant-projet se limite à proposer, insérée dans le canevas de tout régime primaire, la protection de la demeure familiale. Mais à l'intérieur de ces limites l'avant-projet, parce qu'il ne tient pas compte de l'enchevêtrement interne des éléments constitutifs du régime pri-

¹⁸ Cf. *Matrimonial Homes Act*, 1967 c. 75, (1967) 47 *Halsbury Statutes*, p. 781-789.

¹⁹ Cf. art. 164a, B.W. selon la rédaction de la *Loi du 14 juin 1956*, ainsi que l'ensemble des dispositions du régime primaire hollandais.

²⁰ Cf. les études de A. REIG et Y. GUYON, *supra*, note 17.

maire, écarte d'emblée la considération de la demeure et des objets qu'elle contient comme gage commun des créanciers de la famille-groupe.

Trois aspects de cet élément constitutif (la protection de la demeure) sont donc envisagés par l'avant-projet : 1) le choix de la demeure 2) la protection des meubles meublant une telle demeure et 3) la protection du droit par lequel la demeure est assurée. Dans cet ordre nous allons étudier et, au besoin, critiquer les textes proposés tout en suggérant du moins les idées qui devraient, à notre avis, se retrouver dans un texte nouveau, là où nous ne nous sentirons pas en mesure de proposer un texte modifié.

2.1. Le choix de la demeure familiale

2.1.1. Le texte de l'avant-projet

Texte

Article 1 :

Les époux choisissent de concert la résidence principale de la famille ; en cas de désaccord, l'un ou l'autre des époux peut demander au tribunal de fixer cette résidence dans l'intérêt de la famille.

Exceptionnellement, le tribunal peut autoriser un des époux à avoir une résidence distincte pendant un temps limitée et rendre toute ordonnance appropriée dans l'intérêt de la famille.

Notes explicatives

Cet article impose aux époux l'obligation de choisir ensemble la résidence principale de la famille. Toutefois, il ne vise pas le cas de la résidence secondaire.

En cas de désaccord, l'un des époux peut en appeler au tribunal qui détermine le lieu de cette résidence ou, exceptionnellement, autorise un époux à avoir une résidence distincte pour une courte période.

Le juge dispose alors du pouvoir de rendre les ordonnances qu'il juge à propos dans l'intérêt de la famille. Ces ordonnances visent principalement la pension alimentaire et la garde des enfants.

Le principe de l'égalité des époux sous-jacent dans l'article premier devrait amener éventuellement la modification d'autres articles du Code civil, notamment les articles 83 et 174.

2.1.2. La critique

Le principe du choix conjoint de la résidence principale de la famille, comme il est proposé par l'article 1 de l'avant-projet, nous apparaît le seul viable dans un contexte où on veut créer l'équilibre entre les époux.

Cependant les techniques dans lesquelles ce principe est moulé ne nous semble pas les plus adéquates. L'article ne prévoit aucune possibilité de priorité au sein même de la famille et le recours immédiat au juge nous apparaît inac-

ceptable. Par ailleurs, et c'est encore plus grave, nous ne pensons pas que ce soit le juge qui doit choisir la résidence en cas de désaccord.

Il nous semble, tout d'abord, qu'en cas de désaccord l'un des époux devait avoir un vote prépondérant. Or, si on veut accorder un tel vote dans une situation d'équilibre entre les époux, il faudra l'accorder pour les raisons les plus objectives possibles. Nous pensons que la seule raison militant en faveur d'un tel vote prépondérant se place au niveau de la contribution aux besoins de la famille. L'opposition de l'un des conjoints à un déménagement peut faire perdre à l'autre une promotion qui, économiquement parlant, pourrait être dans l'intérêt de la famille. Nous suggérons donc qu'en cas de désaccord l'époux qui supporte à titre principal les charges économiques de la famille puisse choisir seul la nouvelle résidence principale.

Cependant, afin d'éviter « la tyrannie du pourvoyeur » quant au choix de la résidence sans tenir compte des intérêts de la famille, nous considérons qu'il faudra accorder à l'autre conjoint un recours pour faire annuler par le tribunal le choix qui serait contraire aux intérêts de la famille. Néanmoins, nous n'acceptons pas que le juge puisse fixer de son chef la nouvelle résidence. A notre avis, si l'annulation du choix était accordée, les époux devront recommencer le processus.

2.1.3. *Texte suggéré pour remplacer l'article 1 de l'avant-projet*

« Les époux choisissent de concert la résidence principale de la famille ; en cas de désaccord [le choix peut être exercé par celui qui supporte à titre principal les charges économiques de la famille seulement si ce choix est en rapport avec ses occupations professionnelles.

Lorsque cette résidence est ainsi choisie par l'un des époux à l'encontre des intérêts de la famille, l'autre peut demander au tribunal l'annulation d'un tel choix.]

Exceptionnellement le tribunal peut autoriser un des époux à avoir une résidence distincte pendant un temps limité et rendre toute ordonnance appropriée dans l'intérêt de la famille ».

Cet article, comme le propose l'avant-projet devrait remplacer l'actuel article 175 c.c.

2.2. *La protection des meubles meublant la demeure familiale*

2.2.1. *Les textes de l'avant-projet*

Textes

Article 2:

Un époux ne peut, sans le consentement de l'autre, aliéner, grever d'un droit réel, ou transporter hors de la résidence principale de la famille, ses meubles meublants qui y sont affectés à l'usage du ménage.

Notes explicatives

Dans la loi du 18 juin 1964 sur la capacité juridique de la femme mariée¹, le législateur avait déjà limité dans certains cas les pouvoirs de dis-

¹ S.Q., 1964, chap. 66 ; art. 1292 et 1297 C.c.

Toutefois, cette disposition n'est pas applicable à l'époux dont le conjoint a quitté la résidence principale de la famille.

Article 3:

Nonobstant la présomption de l'article 184, le conjoint qui n'a pas donné son consentement à un acte relatif à un meuble meublant garnissant la résidence principale de la famille et affecté à l'usage du ménage, peut, à moins qu'il ne l'ait ratifié, demander l'annulation de l'acte, faire saisir avant jugement le meuble dont il est l'objet et en exiger la remise.

L'action en nullité lui est ouverte pendant quatre-vingt-dix jours à compter de la date où il a eu connaissance de l'acte, mais pas plus de deux ans après la passation de cet acte.

Article 4:

En cas de séparation de corps, divorce ou annulation de mariage, le tribunal peut, sous tous les régimes et aux conditions qu'il juge raisonnables, attribuer, dans l'intérêt de la famille, la propriété de meubles meublants à l'un des époux.

position des époux sur les meubles meublants. L'article 2 du projet généralise cette protection.

Pour conserver à la famille l'usage des meubles meublants, il a paru suffisant de partager entre les époux les pouvoirs dont est titulaire le propriétaire de ces meubles ou l'administrateur de la communauté.

Pour assurer une protection effective des meubles meublants, on a cru nécessaire d'écarter la présomption de pouvoir dont bénéficie, en vertu de l'article 184 C.c., l'époux qui se présente seul pour faire un acte relatif à un bien meuble qu'il détient individuellement.

La nullité constitue la sanction du manquement à la règle du concours de volontés prévu à l'article 2 du projet. Toutefois, cette sanction serait incomplète si l'époux demandeur n'avait pas le droit de faire saisir le meuble avant jugement et d'en exiger la remise. Pour assurer la sécurité des tiers, il a paru opportun d'exiger de l'époux qui n'a pas donné son consentement à l'acte, qu'il le conteste rapidement.

Vu l'importance psychologique que peut présenter pour les enfants en bas âge le milieu physique dans lequel ils ont vécu, il a paru nécessaire de permettre au tribunal, en cas de séparation de corps, divorce ou annulation de mariage, d'attribuer à l'un des époux, aux conditions qu'il juge raisonnables la propriété de meubles meublants.

Le tribunal doit statuer en considération de l'intérêt de la famille. C'est dire qu'il doit tenir compte de la situation respective des époux, de l'âge des enfants, etc.

2.2.2. *La critique*

Nous trouvons justes ces dispositions. Cependant à propos de l'article 2 il nous semble que le deuxième alinéa pourrait s'insérer facilement dans le premier. En outre, il serait bon d'ajouter une exception pour exclure des meubles qui pourront être considérés comme affectés à l'usage du ménage, mais dont leur qualification pourrait être litigieuse.

Par ailleurs, nous pensons qu'il vaudrait mieux insérer à l'article 184 c.c. une exception pour les meubles meublants notoirement affectés à l'usage du ménage, tout en ajoutant à ce même article les sanctions qui se trouvent à l'article 3 de l'avant-projet.

2.2.3. *Textes suggérées pour modifier les articles 2 et 3 de l'avant-projet*

Article 2.

[Si les époux n'ont pas cessé de faire vie commune l'] un ne peut, sans le consentement de l'autre, aliéner, grever d'un droit réel, ou transporter hors de la résidence principale de la famille, ses meubles meublants qui y sont [notoirement] affectés à l'usage du ménage, [à l'exception des bibliothèques, des instruments nécessaires à l'exercice de sa profession et des collections d'objets de nature artistique, scientifique et historique] ».

Article 3: L'article 184 c.c. devrait se lire :

« L'époux qui se présente seul pour faire un acte relatif à un bien meuble qu'il détient individuellement est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte, [sous réserve des dispositions de l'article 2].

Le conjoint qui n'a pas donné son consentement à un acte relatif à un meuble meublant garnissant la résidence principale de la famille et [notoirement] affecté à l'usage du ménage, peut, à moins qu'il ne l'ait ratifié, demander l'annulation de l'acte, faire saisir avant jugement le meuble dont il est l'objet et en exiger la remise.

L'action en nullité lui est ouverte pendant quatre-vingt-dix jours à compter de la date où il a eu connaissance de l'acte, mais pas plus de deux ans après la passation de cet acte ».

Notons, finalement, que nous proposons d'ajouter le mot *notoirement* à l'expression « affectés à l'usage du ménage », car il nous semble que cela pourrait faciliter la tâche des juges dans l'interprétation de l'article, tout en évitant la passation de certains actes qui pourraient, éventuellement, être une source de litiges.

2.3. *La protection du droit par lequel la demeure familiale est assurée*

L'avant-projet propose des mesures de protection quant au droit au bail et quant au droit de propriété de la demeure principale de la famille.

2.3.1. *Quant au droit au bail*

L'avant-projet régleme l'obligation du consentement des deux époux pour poser des actes diminuant ou annulant la jouissance du logement (art. 5);

le maintien dans le lieu du conjoint du titulaire du droit au bail, lorsqu'il n'a pas donné son consentement (art. 6) et accorde au tribunal le pouvoir de faire l'attribution préférentielle du logement en cas de séparation de corps, divorce ou annulation du mariage (art. 7).

Ces dispositions nous semblent protéger suffisamment la demeure principale de la famille par le truchement du droit au bail.

2.3.2. *Quant au droit de propriété*

Dans ce domaine l'avant-projet propose la limitation des droits du propriétaire, qui ne se produit cependant que lorsqu'on a enregistré une déclaration de résidence contre l'immeuble. Il donne aussi des règles précises en rapport avec un tel enregistrement et sa radiation et des normes quant à l'attribution préférentielle. Nous ferons quelques remarques en rapport avec les articles 8, 9, 10 et 13, que nous allons d'abord reproduire avec ses notes explicatives. Nous trouvons convenables les autres articles de l'avant-projet dans ce domaine, et par conséquent, nous ne nous y attarderons pas.

2.3.2.1. Les textes de l'avant-projet

Textes

Article 8 :

L'époux propriétaire de l'immeuble qui sert en tout ou en partie de résidence principale de la famille et contre lequel une déclaration de résidence a été enregistrée ne peut, sans le consentement de son conjoint, l'aliéner, le grever d'un droit réel ou en louer la partie réservée à l'usage de la famille.

Article 9 :

A défaut de ce consentement, l'acte passé par l'époux propriétaire de l'immeuble est inopposable au conjoint qui demeure dans les lieux.

Toutefois, l'acquéreur peut alors en demander l'annulation.

Notes explicatives

Cette disposition constitue en matières immobilières, le pendant de l'article 2 du projet. La protection de l'immeuble servant de résidence familiale n'est toujours pas aussi complète, puisque sa mise en œuvre est soumise à l'enregistrement par l'un ou l'autre des époux d'une déclaration de résidence contre cet immeuble.

Ce formalisme pourra certes limiter l'efficacité de cette protection ; il est cependant justifié par le souci de protéger les tiers et de ne pas nuire au crédit du propriétaire.

L'enregistrement d'une déclaration de résidence ne saurait interdire à l'époux propriétaire d'un immeuble à logements multiples de louer la partie de cet immeuble ne servant pas au logement de la famille.

Cette disposition du projet vise à assurer le conjoint de l'époux propriétaire de l'immeuble servant de résidence principale de la famille qu'il ne pourra être contraint de quitter le logement familial. Mais il n'a pas paru nécessaire de sanctionner par la nullité le manquement aux dispositions de l'article précédent.

Inopposable à l'époux qui demeure dans les lieux, l'acte passé en violation des dispositions de l'article 8 peut toutefois, être annulé à la demande de l'acquéreur, puisque c'est surtout lui qui peut avoir à se plaindre de l'inefficacité de cet acte.

Article 10:

La déclaration de résidence est faite par l'un ou l'autre des époux. Elle contient, outre la désignation de l'immeuble, les nom et prénoms du propriétaire et l'affirmation que l'immeuble sert de résidence principale au déclarant et à sa famille.

Les dispositions de ce projet étant de droit nouveau, il a semblé utile de préciser le contenu de la déclaration de résidence que seuls les époux peuvent faire.

Cette déclaration ne vaut que si elle est enregistrée contre un immeuble déterminé ; il est donc nécessaire de le désigner par son numéro de cadastre, conformément à l'article 2168.

Article 13:

Lorsque l'immeuble qui servait de résidence principale de la famille est un bien sur lequel seuls les époux ont des droits sujets à partage, le tribunal peut, à la dissolution du régime matrimonial par décès, divorce, séparation de corps ou annulation de mariage, en attribuer la propriété à l'une d'eux ou, en cas de décès, au survivant à charge de soulte s'il y a lieu.

Le législateur avait déjà, dans le cadre du nouveau régime matrimonial légal¹, organisé une attribution préférentielle de la maison d'habitation, lors de la dissolution du régime par décès de l'un des époux (art. 1267 c. C.c.). Le privilège serait désormais étendu à tous les régimes ; l'immeuble sujet à partage peut être en effet un acquêt, un bien commun ou indivis.

On n'a pas voulu cependant qu'à l'occasion d'une simple modification de régime (art. 1265 C.c.) ou d'une séparation de biens judiciaire (art. 1440 et s. C.c.), l'un des époux puisse demander la mise dans son lot de l'immeuble résidentiel. L'attribution par préférence n'est donc possible qu'à l'occasion d'un partage à la suite de décès, divorce, séparation de corps ou annulation de mariage. Seul un époux peut s'en prévaloir ; son héritier ne le pourrait pas.

Sauf accord amiable entre les copartageants, la soulte éventuellement due est payable au comptant, conformément aux règles du droit commun des obligations.

¹ *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q., 1969, chap. 17, art. 27.

2.3.2.2. La critique

En rapport avec l'article 8 nous considérons que l'absence d'exception peut être nuisible pour la famille. Tenant compte des suggestions que nous avons formulées plus haut (2.1.3.) et comme une conséquence logique de l'article que nous proposons, il nous semble que la même exception devrait être prévue à l'article 8. C'est-à-dire, qu'on devrait permettre à l'un des époux de pouvoir disposer seul de la résidence principale de la famille lorsque des raisons professionnelles le poussent à le faire ; cependant il faudra lui imposer, en même temps l'obligation d'avoir trouvé une autre demeure pour sa famille et même d'avoir enregistré contre l'immeuble une déclaration de résidence.

Puisque l'avant-projet veut protéger la résidence principale de la famille, nous ne voyons pas d'inconvénient à permettre à l'un des conjoints seul d'en disposer de cette résidence lorsqu'on lui impose de trouver et de protéger une autre résidence pour que son acte soit valide.

L'article 9 devrait, à notre avis, recueillir l'exception que nous venons d'explicitier.

Quant à l'article 10 nous pensons que l'avant-projet contient une omission qui peut être d'une certaine importance ; en effet, on n'exige pas que le nom du conjoint du propriétaire apparaisse dans la déclaration. Evidemment il est toujours possible, par d'autres moyens, de savoir le nom du conjoint du propriétaire. Cependant, puisqu'ajouter un nom n'est pas surcharger la déclaration, nous pensons qu'il serait bon de le faire, avec ce résultat que les tiers trouveraient en un tout dans ce registre, les informations les plus importantes.

Finalement, l'article 13 nous apparaît restrictif en se limitant aux biens sur lesquels les époux ont des droits sujets à partage. Il nous semble que si on veut effectivement protéger la famille par le truchement de l'attribution préférentielle de la demeure, il faudra qu'une telle attribution préférentielle puisse être accordée par le tribunal dans tous les cas. Bien sûr, dans la majorité des situations la demeure pourra faire partie des biens partageables, mais on ne peut pas oublier les biens propres, dans le régime légal ou les régimes communautaires, ni écarter non plus la protection dans le cas de la séparation de biens, qui est encore un régime assez populaire. Evidemment, la soultte devrait être exigée dans tous les cas où elle sera nécessaire.

2.3.2.3. Textes suggérés pour modifier les articles 8, 9, 10 et 13 de l'avant-projet

Article 8: ajouter à l'article de l'avant-projet l'alinéa suivant :

[Cependant, si l'un des époux, pour des raisons se rattachant à ses occupations professionnelles, se voit dans l'obligation d'exercer seul le droit de choisir une autre résidence principale de la famille, il pourra, sans ce consentement, aliéner ou grever d'un droit réel l'immeuble ou en louer la partie réservée à l'usage de la famille à condition, toutefois, d'être devenu propriétaire d'un autre immeuble pouvant servir de résidence principale à la famille et d'avoir enregistré contre cet immeuble une déclaration de résidence ou d'être devenu titulaire d'un droit au bail d'un logement pouvant servir de résidence principale à la famille.]

Alinéa 9

« A défaut de consentement, [mais sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 8], l'acte passé par l'époux propriétaire de l'immeuble est inopposable au conjoint qui demeure dans les lieux. Toutefois, l'acquéreur peut alors en demander l'annulation ».

Article 10.

« La déclaration de résidence est faite par l'un ou l'autre des époux. Elle contient, outre la désignation de l'immeuble, les nom et prénoms du propriétaire [et de son conjoint] et l'affirmation que l'immeuble sert de résidence principale au déclarant et à sa famille ».

Article 13.

[A la dissolution du régime matrimonial par décès, divorce, séparation de corps ou annulation de mariage, le tribunal peut attribuer la propriété de l'immeuble qui servait de résidence principale de la famille à l'un des conjoints ou, en cas de décès, au survivant, à charge de soulte s'il y a lieu.]

CONCLUSION

Nous voulons, en conclusion, soulever une dernière question : quelle sera la place des articles de l'avant-projet dans le code civil ? Selon les propositions de ce même avant-projet l'article 175 devrait être remplacé par l'article 1^{er} du texte proposé ; à notre avis, en outre, l'article 3 devrait s'insérer à l'actuel article 184 et l'article 15 de l'avant-projet accorde un caractère impératif aux « dispositions de la présente section ». Or, les articles établissant des dispositions en rapport avec les droits et devoirs des époux se retrouvent dans un chapitre.

Est-ce qu'on doit interpréter l'article 15 de l'avant-projet comme souhaitant la création d'une nouvelle section groupant les dispositions protectrices de la résidence de la famille ? Si une telle interprétation est exacte, où retrouverait-on cette section ? A l'intérieur du chapitre des droits et devoirs des époux ? A l'intérieur du chapitre premier du titre quatrième (des conventions matrimoniales et de l'effet du mariage sur les biens des époux) du livre troisième du code ?

Ne serait-il pas plus logique d'avoir un chapitre contenant toutes les dispositions d'un régime primaire complet qui pourrait venir remplacer l'actuel chapitre des droits et devoirs des époux ? Ou, peut-être mieux, qui viendrait prendre place au tout début du titre IV du livre III du code ?

Enfin, nous pensons que ces difficultés de classification ne sont qu'une conséquence secondaire du fait de proposer une tranche seulement du régime primaire.

Même si nous craignons qu'une partie de nos remarques — celles qui se rapportent au besoin d'un régime primaire complet — ne soient pas prises en considérations, nous conjurons l'Office de révision du code civil à bien peser les inconvénients qu'une portion seulement de régime primaire peuvent entraîner et à prendre en considération très sérieusement le mal qu'une telle démarche peut causer à la famille, sans oublier, cependant, les difficultés d'interprétation qu'un régime primaire partiel peut créer.

Ernest CAPARROS *

* Professeur agrégé, Faculté de droit, Université Laval.

N.B. Depuis la rédaction de notre texte, et lorsqu'il était déjà sous presse, il y a eu plusieurs commentaires publiés à propos de l'avant-projet de l'O.R.C.C. Nous ne pouvons que donner leurs références :

- G. BEAUPRÉ, « Papa, maman, le juge et moi », *Barreau '71*, vol. 3, n° 5, p. 5.
- A. F. BISSON, « Brèves réflexions sur l'avant-projet de loi relatif à la protection de la résidence (si peu) familiale », (1971) 31 *R. du B.*, 449-451.
- J.-P. DUQUETTE, « Un droit familial nouveau ou... arbitraire ? », *Le Devoir*, Montréal le 13 juillet 1971, p. 5.
- M. LAUZON, « La notion de domicile et l'avant-projet de loi relatif à la protection de la résidence familiale », (1971) 31 *R. du B.*, 447-448.
- A. MAYRAND, « A propos du choix de la résidence familiale », *Barreau '71*, vol. 3, n° 5, p. 5.

E. C.

13 octobre 1971