

LES EFFETS DU MARIAGE, SELON LA CONCEPTION DU LÉGISLATEUR QUÉBÉCOIS DE 1980

Germain Brière

Volume 13, numéro 1, 1982

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059390ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059390ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Brière, G. (1982). LES EFFETS DU MARIAGE, SELON LA CONCEPTION DU LÉGISLATEUR QUÉBÉCOIS DE 1980. *Revue générale de droit*, 13(1), 5–26.
<https://doi.org/10.7202/1059390ar>

Résumé de l'article

Les dispositions du Code civil du Québec relatives aux effets du mariage, entrées en vigueur le 2 avril 1981, ont un caractère impératif et s'appliquent, au surplus, aussi bien aux époux qui étaient déjà mariés à ce moment qu'à ceux qui ont contracté mariage depuis lors.

Une première série de dispositions régleme les droits et devoirs des époux : égalité complète quant à ces droits et devoirs, l'usage du nom, ainsi que la direction morale et matérielle de la famille, obligation pour chacun des époux de contribuer aux charges du mariage et solidarité quant aux dettes contractées pour les besoins courants de la famille, possibilité de mandat de l'un à l'autre époux pour les actes relatifs à la direction de la famille, rôle du tribunal dans la solution des conflits familiaux.

Une seconde série de règles tend à assurer la protection de la résidence familiale, qu'il s'agisse des meubles affectés à l'usage du ménage, du logement de la famille dans un immeuble loué, ou du logement familial dans un immeuble dont un époux est propriétaire. À ce sujet, le législateur a non seulement voulu empêcher un époux de disposer des meubles de ménage et du logement sans le consentement de son conjoint, mais il a aussi prévu certaines règles d'attribution dans les cas de cessation de la vie commune.

En ce qui concerne l'égalité des époux, cette réforme a mené à terme une évolution commencée en 1964 avec la Loi sur la capacité juridique de la femme mariée; sur le plan de la protection de la résidence familiale, il s'agit d'une législation nouvelle, qui devra faire ses preuves.

LES EFFETS DU MARIAGE, SELON LA CONCEPTION DU LÉGISLATEUR QUÉBÉCOIS DE 1980

par Germain BRIÈRE*

RÉSUMÉ

Les dispositions du Code civil du Québec relatives aux effets du mariage, entrées en vigueur le 2 avril 1981, ont un caractère impératif et s'appliquent, au surplus, aussi bien aux époux qui étaient déjà mariés à ce moment qu'à ceux qui ont contracté mariage depuis lors.

Une première série de dispositions règle les droits et devoirs des époux: égalité complète quant à ces droits et devoirs, l'usage du nom, ainsi que la direction morale et matérielle de la famille, obligation pour chacun des époux de contribuer aux charges du mariage et solidarité quant aux dettes contractées pour les besoins courants de la famille, possibilité de mandat de l'un à l'autre époux pour les actes relatifs à la direction de la famille, rôle du tribunal dans la solution des conflits familiaux.

Une seconde série de règles tend à assurer la protection de la résidence familiale, qu'il s'agisse des meubles affectés à l'usage du ménage, du logement de la famille dans un immeuble loué, ou du logement familial dans un immeuble dont un époux est propriétaire. À ce sujet, le législateur a non seulement voulu empêcher un époux de disposer des meubles de ménage et du logement sans le consentement de son conjoint, mais il a aussi prévu certaines règles d'attribution dans les cas de cessation de la vie commune.

En ce qui concerne l'égalité des époux, cette réforme a mené à terme une évolution commencée en 1964 avec la Loi sur la capacité juridique de la femme mariée; sur le plan de la protection de la résidence familiale, il s'agit d'une législation nouvelle, qui devra faire ses preuves.

* Professeur titulaire à la Faculté de droit, Section de droit civil, de l'Université d'Ottawa.

SOMMAIRE

Introduction

Principaux changements effectués
Régime matrimonial primaire à caractère impératif
Portée rétroactive de la réforme

I.- Les droits et devoirs des époux

- A. L'égalité des époux
- B. Le nom des époux
- C. La direction de la famille
- D. La contribution aux charges du mariage
- E. L'obligation aux dettes contractées pour les besoins du ménage
- F. Le mandat conventionnel entre époux
- G. Le recours au tribunal

II. La résidence familiale

- A. La protection des meubles de ménage
- B. La protection du logement loué
- C. La protection du logement dans un immeuble dont un conjoint est propriétaire

Conclusion

INTRODUCTION

Les dispositions du nouveau *Code civil*¹ relatives aux effets du mariage, soit les articles 440 à 462, sont de celles qui sont entrées en vigueur le 2 avril 1981², à l'exception toutefois de l'article 459, qui régit l'attribution judiciaire d'un droit de propriété ou d'habitation de la résidence familiale dans les cas de séparation de corps et de dissolution ou d'annulation du mariage.

Les principaux changements qu'effectuent ces nouvelles dispositions sont les suivants: égalité complète des époux, obligation pour la femme d'exercer ses droits civils sous ses nom et prénom, cogestion absolue dans la direction de la famille, contribution des époux aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives, solidarité quant aux dettes de ménage, arbitrage des conflits familiaux par le tribunal, établissement d'un système de protection de la résidence familiale.

¹ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. On y référera par la suite sous le titre de «*Loi 89*».

² Décret 671-81 du 4/3/81. Proclamation, (1981) 113 G.O. II 1565.

Si l'on pouvait, dès avant cette réforme, parler de «régime matrimonial primaire impératif³» pour désigner l'ensemble des dispositions auxquelles tous les gens mariés sont soumis et qui ont pour but premier de régler les principaux aspects pécuniaires de la vie courante des familles, a fortiori peut-on utiliser cette expression pour qualifier le nouveau chapitre *Des effets du mariage*. Comme l'a démontré le professeur Jacques Auger⁴, le régime primaire, qui assure une répartition de pouvoirs et de droits entre époux, suffit dans nombre de cas à résoudre les problèmes quotidiens de la vie des ménages et constitue en ce sens un véritable régime matrimonial. Ce régime peut être qualifié de primaire puisqu'il bénéficie d'une priorité par rapport au régime secondaire, qu'il soit conventionnel ou légal, tant à cause de son caractère primordial que par le fait de son intangibilité; les règles qu'il contient vont au surplus permettre à l'occasion d'éluder les règles des régimes matrimoniaux, particulièrement ceux de type séparatiste. Quant au caractère impératif de ce régime primaire, il est expressément affirmé par le législateur, à l'article 440 C.c.Q.; il est à noter que cette disposition coiffe les deux sections du chapitre *Des effets du mariage*, de sorte qu'il est impossible de déroger, par contrat de mariage ou autrement, aussi bien aux dispositions relatives à la résidence familiale, qu'à celles qui ont trait aux droits et devoirs des époux.

On doit aussi mettre en relief une autre dimension de la réforme en question, soit celle de son application aux personnes déjà mariées. L'article 65 de la *Loi 89* édicte en effet:

Les dispositions du chapitre sixième du titre premier du Livre deuxième du Code civil du Québec régissent tous les époux sans qu'il y ait lieu de considérer la date à laquelle le mariage a été célébré ou les conventions matrimoniales passées⁵.

Il y a donc lieu de conclure à la caducité des clauses des contrats de mariage antérieurs au 2 avril 1981 qui seraient contraires au nouveau régime primaire, par exemple en ce qui concerne la contribution aux charges du mariage ou les mesures de protection et d'attribution des meubles de ménage. Les époux mariés avant l'entrée en vigueur de la *Loi 89* bénéficient des avantages que cette loi apporte mais ils doivent aussi en subir les inconvénients; ils doivent en somme, pour le meilleur et pour le pire, s'accommoder de la nouvelle conception que le législateur s'est faite de la société conjugale⁶.

³ E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, in *Études sur le droit des biens de la famille*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1975, p. 25 par. 20.

⁴ J. AUGER, *La Loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux*, in *Cours de perfectionnement du notariat*, 1981, n° 1, p. 45, p. 47.

⁵ Cet article est entré en vigueur le 2 avril 1981.

⁶ J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 49.

Certaines règles du régime primaire pourraient même s'appliquer aux époux étrangers qui résident temporairement au Québec. Il devrait en être ainsi des dispositions qui cherchent à régir non seulement les rapports pécuniaires des époux entre eux mais aussi leurs rapports avec les tiers, par exemple celle qui édicte la solidarité entre époux pour les dettes contractées pour les besoins courants de la famille⁷. On pourrait de même, au nom de l'ordre public interne, appliquer aux époux étrangers les dispositions du régime primaire qui interdisent à un époux de disposer seul des droits par lesquels sont assurés le logement de la famille et l'usage des meubles du ménage⁸.

Conformément à l'ordre suivi par le législateur dans le nouveau *Code*, on examinera d'abord les questions relatives aux droits et devoirs des époux, puis celles qui ont trait de quelque façon à la protection de la résidence familiale. Est-il besoin de souligner qu'aucune des dispositions de ce chapitre *Des effets du mariage* ne s'applique aux gens qui sans être mariés vivent comme mari et femme, qu'on les appelle époux de fait, concubins, conjoints de fait ou autrement.

I.- LES DROITS ET DEVOIRS DES ÉPOUX.

A. L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX.

En édictant que les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations (art. 440 al. 1 C.c.Q.), le législateur a incontestablement placé le mari et la femme sur un pied d'égalité, ce qu'il n'avait pas su faire en 1964 lorsqu'il avait adopté la Loi sur la capacité juridique de la femme mariée⁹. Certes, l'évolution qui s'était alors produite était considérable, puisque le principe de la puissance maritale avait été abrogé de même que celui de l'incapacité de la femme mariée, qui en était le corollaire sur le plan patrimonial; au surplus, on avait refusé de reconnaître au mari la qualité de chef de famille, qui avait pourtant fait l'objet d'une recommandation du Bureau de révision du Code civil¹⁰. Toutefois, certains vestiges de la conception traditionnelle de la famille obligeaient l'interprète à affirmer que si l'égalité des époux avait été voulue, elle n'avait pas été réalisée¹¹; la phraséologie utilisée pour réglementer la direction de la famille¹², le rôle

⁷ *Id.*, p. 50.

⁸ *Ibid.*

⁹ S.Q. 1964, c. 66.

¹⁰ Voir G. BRIÈRE, *Le nouveau statut juridique de la femme mariée*, in *Lois nouvelles*, Montréal, P.U.M., 1965, p. 7, p. 12.

¹¹ *Id.*, p. 13.

¹² Art. 174 C.c.B.-C., abrogé.

exclusif du mari dans le choix de la résidence familiale¹³, l'existence même du mandat domestique de la femme¹⁴ constituaient autant de facteurs d'inégalité. Le législateur avait par la suite proclamé en quelque sorte l'égalité des époux dans la Charte des droits et libertés de la personne¹⁵, mais cette proclamation ne pouvait, vu les articles 51 et 52 de la charte elle-même, prévaloir sur les dispositions existantes du *Code civil du Bas-Canada*. Quant à l'inégalité du mari et de la femme dans les rapports parents-enfants, elle est disparue en 1977, lorsque la puissance paternelle a cédé la place à l'autorité parentale¹⁶.

Notons incidemment que la proclamation de l'égalité juridique des époux a nécessité la modification de plusieurs articles du *Code civil du Bas-Canada*¹⁷, ainsi que l'on peut le constater à la lecture des articles 2 et suivants de la *Loi 89*.

Le souci de réaliser l'égalité complète entre les époux a amené le législateur à formuler autrement l'obligation de cohabitation, ainsi que l'on peut s'en rendre compte en comparant l'article 175 C.c.B.-C., maintenant abrogé, et le dernier alinéa de l'article 441 C.c.Q. Quant aux obligations réciproques de fidélité, de secours et d'assistance, elles ont été maintenues, mais on y a ajouté l'obligation mutuelle de respect (art. 441 al. 2 C.c.Q.).

On s'est demandé si l'article 441 C.c.Q., qualifié de grande charte de l'égalité juridique des époux, laissait la possibilité d'adopter un régime de communauté de biens¹⁸. Cette question se pose d'autant plus que l'article 443 C.c.Q. dispose que les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille.

Gérard Trudel et Renée DesRosiers de Lanauze¹⁹ estiment que la communauté de biens demeure possible, mais que sa valeur et ses effets sont très limités par les articles 441 et 443 C.c.Q., ceux-ci faisant obstacle à la primauté des pouvoirs du mari qui caractérise la communauté de biens; d'autres textes, comme ceux portant sur la résidence familiale (art. 449 et s. C.c.Q.) et sur le recours au tribunal en cas de désaccord (art. 448 C.c.Q.) sont, selon lesdits auteurs, en contradiction avec la notion même de

¹³ Art. 175 C.c.B.-C., abrogé.

¹⁴ Art. 180 C.c.B.-C., abrogé.

¹⁵ L.R.Q. 1977, c. C-12, a. 47.

¹⁶ L.Q. 1977, c. 72, a. 4.

¹⁷ Voir G. TRUDEL et R. DESROSIERS de LANAUZE, *Code civil du Québec comparé et coordonné au Code civil du Bas-Canada*, Livre II De la famille, Montréal, SOQUIJ, 1981, pp. 41-46.

¹⁸ *Id.*, p. 41.

¹⁹ *Ibid.*

communauté quant à la direction générale des biens communs et de la famille; il n'y a plus de chef ou d'administrateur, il y a des copropriétaires de biens communs. Les impératifs des articles 440 et suivants C.c.Q. transforment radicalement l'ancienne communauté de biens en rendant illégales et impossibles les caractéristiques de ce régime²⁰.

Il est bien difficile en effet, sinon impossible, de concilier les principes de base des régimes communautaires, notamment celui de la communauté de meubles et acquêts, avec les règles impératives des articles 440 et suivants du *Code civil du Québec*. Aussi peut-on penser que les contrats de mariage de type communautaire sont chose du passé, vu les risques certains que présenterait éventuellement l'interprétation de pareil contrat. Beaucoup plus grave cependant est le problème de la conciliation des nouvelles règles impératives et celles d'un régime de communauté qui est actuellement celui d'un nombre encore considérable d'époux québécois. Selon l'article 66 de la *Loi 89*, ces époux continuent à être soumis aux dispositions des articles 1272 à 1425i du *Code civil du Bas-Canada* (abrogés par ladite loi) et aux stipulations de leur contrat, sous réserve des dispositions impératives de la loi. Que deviennent en particulier les règles de la gestion des biens d'un régime communautaire, y compris celles des biens réservés de la femme, si elles doivent céder le pas à celles du nouveau régime primaire impératif?

B. LE NOM DES ÉPOUX.

L'article 442 C.c.Q. édicte que chacun des époux conserve, en mariage, ses nom et prénom, et qu'il exerce ses droits civils sous ces nom et prénom. Cette disposition est nouvelle, non pas en ce que la femme conserve son nom, mais en ce qu'elle n'a plus le choix d'utiliser soit le nom de son mari soit le sien dans l'exercice de ses droits civils.

On pouvait à la rigueur se demander si l'article 56a C.c.B.-C., édicté en 1951²¹, avait enlevé à la femme la possibilité d'exercer ses droits civils sous le nom de son mari²². À cette question il fallait plutôt répondre par la négative, car il aurait fallu une disposition expresse pour mettre fin à une coutume immémoriale dont il était possible d'affirmer qu'elle avait force de

²⁰ *Id.*, p. 68. Voir aussi p. 50, où ces auteurs estiment qu'en communauté de biens l'article 443 C.c.Q. fixe le début d'une époque nouvelle dans le droit civil du Québec, celle de la capacité égale pour l'éducation des enfants (n'est-elle pas acquise depuis 1977?) et l'administration des biens communs.

²¹ S.Q. 1950-51, c. 42.

²² Voir André ROY, *Projet de Loi 89 — Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, in *Cours de formation permanente Barreau du Québec*, n° 61, Montréal, 1981, p. 147, p. 154.

loi²³. L'Office de révision du Code civil avait, à notre avis, résumé adéquatement l'état du droit en la matière dans la phrase suivante:

Dans l'état actuel du droit, la femme mariée ou la veuve peut donc exercer ses droits civils, soit sous son nom de jeune fille, soit sous le nom de famille de son mari, soit encore sous les deux noms patronymiques à la fois²⁴.

Le caractère d'ordre public du nouveau texte n'empêche cependant pas les femmes mariées avant le 2 avril 1981 de conserver l'usage du nom de leur mari, si elles le désirent; une disposition transitoire, l'article 79 de la *Loi* 89, le dit expressément. Le mot «conserver» donne à penser que l'habitude d'utiliser le nom du mari doit avoir été prise avant le 2 avril 1981.

Notons qu'en permettant l'assignation de la femme mariée sous le nom de son mari, ce qui, incidemment, indique que la femme pouvait même après l'adoption de l'article 56a C.c.B.-C. utiliser tel nom, l'article 115 du Code de procédure civile se trouve maintenant à contredire l'article 442 C.c.Q. Une disposition du projet de loi n° 18²⁵ fera disparaître cette contradiction.

C. LA DIRECTION DE LA FAMILLE.

Comme on l'a vu plus haut, la réforme de 1980 a placé les époux sur un pied de parfaite égalité en ce qui concerne la direction morale et matérielle de la famille. En effet, ils assument ensemble cette direction, alors que la femme ne jouait jusque là que le second violon; ensemble également, les époux exercent l'autorité parentale et assument les tâches qui découlent tant de la direction de la famille que de l'exercice de l'autorité parentale (art. 443 C.c.Q.).

C'est la cogestion parfaite. À ceux qui ont craint l'avènement de la famille sans chef, le législateur donne la famille à deux têtes! À l'usage, on se rendra probablement compte que tel mode d'organisation de la famille fonctionne normalement dans la plupart des cas. N'est-ce pas celui qui prévaut, dans les faits, dans nombre de ménages, depuis déjà quelques lustres?

²³ Voir J. BEETZ, «Attribution et changement de nom patronymique», (1956) 16 *R. du B.* 56, p. 59; Lyse LEMIEUX, «Utilisation du nom patronymique de la femme mariée», (1977) 37 *R. du B.* 510.

²⁴ O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 1, p. 34. Voir aussi *Harris v. Bosworthick*, (1966) C.S. 82 (C. Mag.).

²⁵ Projet de loi n° 18 — *Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille et modifiant le Code de procédure civile*, Éditeur officiel du Québec, 1981, 1^{ère} lecture, art. 10.

Comme on l'a fait remarquer plus haut, les règles impératives de l'égalité des époux et de la direction conjointe de la famille viennent en contradiction avec certains principes fondamentaux des régimes communautaires. On doit même se demander si la règle de la codirection, sinon celle de l'égalité, ne vient pas limiter, quoique à un degré moindre, les pouvoirs conférés à chacun des époux par les autres régimes; la direction matérielle de la famille est en effet source de dépenses²⁶, lesquelles sont susceptibles d'affecter les patrimoines des deux conjoints; cela est particulièrement vrai lorsque l'un des époux, contractant seul pour les besoins courants du ménage, engage aussi l'autre par le seul effet de la loi (art. 446 C.c.Q.). Toutefois, la règle de la codirection n'affecte pas la gestion même des patrimoines²⁷, du moins sous les régimes de type séparatiste, pour lesquels le législateur a reconnu à chacun des époux le pouvoir d'administrer, de jouir et de disposer seul de ses biens (art. 493 et 519 C.c.Q.).

La règle nouvelle de l'article 444 C.c.Q., selon laquelle les époux choisissent de concert la résidence familiale, est évidemment une conséquence de l'égalité des époux ainsi que du principe de la codirection de la famille. Cette disposition ne vise pas le cas de la résidence secondaire²⁸, mais on peut considérer que la règle de la codirection morale et matérielle de la famille exige, du moins dans certains cas, l'accord des conjoints quant à l'établissement de pareille résidence.

D. LA CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MARIAGE.

L'article 445 C.c.Q. édicte, dans son premier alinéa, que les époux contribuent aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives.

Cette norme de contribution n'est pas nouvelle dans notre droit. Elle existait, à titre supplétif, sous le régime de la séparation de biens²⁹. Elle constituait la règle sous le régime légal de la société d'acquêts³⁰. Elle s'imposait à la femme sur ses biens réservés³¹. Enfin, certains arrêts³² avaient cru découvrir la même norme dans la combinaison de l'obligation du mari de fournir à sa femme les choses nécessaires à la vie (art. 176

²⁶ Marcel GUY, *Aperçu général des incidences de la Loi 89 sur la pratique notariale*, in *Cours de perfectionnement du notariat* 1981, n° 1, p. 9, p. 11.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 1, p. 144.

²⁹ Art. 1438 C.c.B.-C., abrogé. Voir aussi l'art. 1447 C.c.B.-C., abrogé.

³⁰ Art. 1266q C.c.B.-C., abrogé.

³¹ Art. 1425h C.c.B.-C., abrogé.

³² Voir le *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 1, p. 141, et la jurisprudence citée.

C.c.B.-C., abrogé) et de l'obligation de la femme de concourir avec le mari à pourvoir à l'entretien de la famille (art. 174 C.c.B.-C., abrogé). Ce qui est nouveau dans la norme en question, c'est qu'elle est devenue d'ordre public, ce sous tous les régimes matrimoniaux, en raison de l'article 440 C.c.Q. Au surplus, elle s'applique, comme on l'a vu, même aux gens mariés avant le 2 avril 1981; ainsi la stipulation fort répandue dans les contrats de mariage, selon laquelle «le futur époux supportera seul et de ses seuls deniers toutes les charges du ménage», est devenue lettre morte³³. Mais qu'en est-il de cette autre formule, également courante dans les contrats de mariage, qui consiste à prévoir que l'époux qui contribue au-delà de sa part ne peut en réclamer le remboursement à son conjoint? On a déjà exprimé l'opinion que pareille stipulation ne déroge pas directement à l'article 445 C.c.Q., mais qu'elle pose des difficultés d'application sérieuses, de sorte que son utilité est plus apparente que réelle³⁴.

L'expression «charges du mariage» n'ayant pas été définie, vraisemblablement parce que toute énumération risque d'être incomplète³⁵, on pourra certainement utiliser pour en mesurer l'étendue la jurisprudence qui s'est élaborée³⁶ lors de l'interprétation de la même expression ou de son synonyme, les «charges du ménage», dans divers textes du *Code civil du Bas-Canada*³⁷.

L'article 445 C.c.Q. contient une autre disposition, qui, elle, est tout à fait nouvelle, disposition selon laquelle chaque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer. À ce sujet, on s'est étonné de ce que la contribution en nature soit limitée au travail qui se fait au foyer, alors que dans d'autres droits codifiés l'on a retenu comme modes d'apport tant la contribution à l'activité professionnelle que l'activité au foyer³⁸. Il existe d'ailleurs des situations où il est très difficile de distinguer l'activité au foyer et l'activité professionnelle.

³³ Voir M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 13, selon qui il faut interpréter prudemment la portée de pareille clause dans les contrats de mariage passés.

³⁴ J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 53.

³⁵ O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 1, p. 142.

³⁶ Voir G. BRIÈRE, «Les charges du mariage», (1967) 2 *R.J.T.* 451, pp. 452 et ss. et jurisprudence citée; J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 52, et jurisprudence citée.

³⁷ Art. 1266q, 1280, 1425h, 1438 C.c.B.-C., abrogés.

³⁸ E. CAPARROS, «Le régime primaire dans le nouveau Code civil du Québec: quelques remarques critiques», (1981) 22 *C. de D.* 325. Pour l'exclusion de la possibilité d'acquittement de la contribution par la collaboration à l'activité professionnelle du conjoint, voir aussi S. BINETTE, *Le contrat de mariage depuis le nouveau Code civil du Québec*, in *Cours de perfectionnement du notariat*, 1981, p. 109, p. 113.

E. L'OBLIGATION AUX DETTES CONTRACTÉES POUR LES BESOINS COURANTS DU MÉNAGE.

La réforme de 1964³⁹ avait codifié la création jurisprudentielle du «mandat domestique» de la femme mariée. On s'est sans doute rendu compte qu'il s'agissait là d'un élément d'inégalité entre les époux, qui cette fois jouait contre le mari. L'instauration de l'égalité parfaite exigeait donc qu'au pouvoir légal de la femme de représenter le mari pour les besoins courants du ménage (art. 180 C.c.B.-C., abrogé), on substituât la règle selon laquelle l'époux qui contracte pour les besoins courants de la famille engage aussi pour le tout son conjoint non séparé de corps (art. 446 al. 1 C.c.Q.).

À la technique du mandat, entraînant comme conséquence la responsabilité du mandant, et de lui seul, à l'égard des tiers, on a substitué celle de la solidarité. Mais s'agit-il vraiment de solidarité? Les uns l'affirment⁴⁰, alors qu'un commentateur plus prudent écrit qu'il s'agit à tout le moins d'une obligation *in solidum*⁴¹ et qu'un autre estime qu'il est possible de se demander si l'article 446 C.c.Q. a créé une obligation solidaire ou s'il s'agit d'une obligation *in solidum*, cela tant que le législateur n'aura pas remplacé la règle de l'article 1105 C.c.B.-C. par celle que l'Office de révision du Code civil a proposée dans son Projet de Code civil à l'article 158 du Livre *Des obligations*⁴².

Comme les dettes ainsi contractées par un époux engageant, selon l'article 446 C.c.Q., son conjoint non séparé de corps, il faut en conclure que la séparation de fait ne met pas fin à l'obligation.

L'article 446 C.c.Q. dispose par ailleurs au 2^e alinéa qu'un conjoint n'est pas obligé à la dette contractée par l'autre s'il avait préalablement porté à la connaissance du cocontractant sa volonté de n'être pas engagé. L'avis en question doit, semble-t-il, être donné à propos d'un contrat spécifique; il ne peut être général et s'adresser à tous les contractants éventuels du conjoint⁴³. Est-il besoin de dire que l'avis portant qu'un conjoint n'entend pas être lié par la dette de l'autre ne vaut qu'à l'égard du tiers contractant; dans les rapports entre époux, celui qui donne pareil avis n'est pas exempté de la contribution exigée par l'article 445 C.c.Q.⁴⁴, si, bien sûr, la dette dont il s'agit entre dans le cadre des charges du mariage.

³⁹ *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66.

⁴⁰ G. TRUDEL et R. DESROSIERS DE LANAUZE, *op. cit. supra*, note 17, p. 53; J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, pp. 51 et 52.

⁴¹ M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 13.

⁴² E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 38.

⁴³ J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 52.

⁴⁴ G. TRUDEL et R. DESROSIERS DE LANAUZE, *loc. cit. supra*, note 17, p. 53.

F. LE MANDAT CONVENTIONNEL ENTRE ÉPOUX.

La codirection morale et matérielle de la famille, prescrite par l'article 443 C.c.Q. ainsi qu'on l'a vu plus haut, est de nature à apaiser les esprits soucieux d'égalité, mais elle s'accommode mal des servitudes de la vie quotidienne. Aussi le législateur a-t-il fait preuve de réalisme en prévoyant, à l'article 447 C.c.Q., que chacun des époux peut donner à l'autre mandat de le représenter dans des actes relatifs à la direction morale et matérielle de la famille⁴⁵. Comme il s'agit d'un mandat, il est révocable en tout temps selon les règles ordinaires de ce contrat (art. 1755 C.c.B.-C.). Au surplus, les termes utilisés, «représenter dans *des actes...*», donnent à penser que pareil mandat ne peut être général.

Cette disposition nouvelle ressemble à première vue à l'article 178 C.c.B.-C. maintenant abrogé. En réalité, la même technique est utilisée, mais le domaine où elle s'applique est différent. Le mandat ne vaut, ici, que pour des actes relatifs à la direction morale et matérielle de la famille, alors que dans l'ancien article le mandat avait pour objet l'exercice des droits et pouvoirs attribués à l'époux mandant par le régime matrimonial.

On a affirmé que le nouveau texte visait autant le patrimoine familial que les actes de direction et d'éducation⁴⁶. Or, il ne peut être question du patrimoine familial en l'occurrence; l'article 475 C.c.Q. prévoit précisément que chacun des époux peut donner à l'autre mandat de le représenter dans l'exercice des droits et pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue. C'est cette dernière règle, et non celle de l'article 447 C.c.Q., qui reprend celle de l'ancien article 178 C.c.B.-C.

Le législateur ne s'est pas montré réaliste uniquement en offrant à un époux la possibilité de se faire ainsi représenter par l'autre, mais également en présument le mandat lorsque l'un des époux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté pour quelque cause que ce soit ou ne peut le faire en temps utile (art. 447 al. 2 C.c.Q.).

L'urgence permet donc à un époux d'agir tant pour lui-même qu'à titre de représentant de l'autre lorsqu'il s'agit d'actes relatifs à la direction de la famille; il en est de même de tous les cas où un conjoint est empêché de manifester sa volonté. L'organisation pratique de la direction familiale s'en trouve facilitée d'autant. Pareille faculté d'agir seul ne saurait s'appliquer lorsque le consentement du conjoint est requis par une règle du régime matrimonial⁴⁷; une autre disposition prévoit en tel cas un mandat judiciaire⁴⁸.

⁴⁵ Voir M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 13.

⁴⁶ G. TRUDEL et R. DESROSIERS DE LANAUZE, *op. cit. supra*, note 17, p. 54.

⁴⁷ O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 1, p. 140.

⁴⁸ Art. 476 C.c.Q.

G. LE RECOURS AU TRIBUNAL.

En conférant aux époux les mêmes droits et les mêmes obligations, en les chargeant d'assurer ensemble la direction de la famille, en leur confiant à tous deux le choix de la résidence familiale, en les obligeant à contribuer aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives, le législateur pouvait indubitablement s'attendre à des conflits. Pour résoudre ces conflits, il n'avait guère d'autre solution que d'instituer un arbitre, le tribunal. On assiste donc à l'avènement du «ménage à trois», expression que la doctrine⁴⁹ utilisait lors même que le rôle du juge dans les conflits familiaux était beaucoup moins considérable⁵⁰ qu'il ne le sera dorénavant, du moins en théorie. À la vérité, il faudra attendre un certain temps pour découvrir si, en pratique, les époux voudront saisir le tribunal de leurs conflits; car on peut penser que si pareil recours est offert aux époux qui ne s'entendent pas et si, au surplus, le législateur a voulu mettre l'accent sur le rôle de conciliation du tribunal en la matière, les époux seront enclins à attendre comme par le passé que la situation soit irrémédiablement gâchée, pour demander alors la séparation de corps ou le divorce.

L'article 448 C.c.Q. semble, par son silence sur la procédure, exiger une action; une requête devrait pourtant suffire, et elle pourrait être conjointe, ce que prévoit d'ailleurs expressément le projet de loi n° 18⁵¹.

II.- LA RÉSIDENCE FAMILIALE.

Les quatorze articles qui, dans le nouveau *Code civil*, tendent à assurer la protection de la résidence familiale (art. 449 à 462 C.c.Q.), trouvent leur origine dans un rapport que l'Office de révision du Code civil a rendu public dès 1971.

La résidence dont il s'agit est «la résidence principale de la famille», selon l'expression utilisée à maintes reprises dans les textes. Il s'agit de la résidence que les époux ont choisie de concert (art. 444 C.c.Q.) et où ils vivent effectivement. La protection accordée au logement familial cesse lorsque disparaît l'obligation de cohabiter, donc dans les cas de séparation de corps et de divorce, mais pas nécessairement lors d'une séparation de fait⁵².

⁴⁹ J. PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil, La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, n° 191, p. 174.

⁵⁰ Pour de rares applications, voir *Lapierre v. Trottier*, 1970 R.P. 309 (C.S.); D.v.L., 1968 C.S. 495.

⁵¹ *Supra*, note 25, art. 22: 813 et 813.1 C.P.C.

⁵² J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 54 et 55. L'auteur signale cependant l'incidence de l'article 2261.1 C.c.B.-C. en la matière.

On a observé que l'idée de protéger la résidence familiale était, dans notre droit, l'aboutissement d'une longue évolution plutôt que le résultat d'une génération spontanée⁵³. Le régime de la communauté de meubles et acquêts⁵⁴ et, à un moindre degré, le régime de la société d'acquêts⁵⁵ assuraient, tantôt directement tantôt indirectement, une certaine protection des meubles affectés à l'usage du ménage et de la maison familiale. Cette protection était toutefois limitée si les époux étaient communs en biens ou en société d'acquêts, car les biens propres s'y trouvaient soustraits, et elle était inexistante pour les époux séparés de biens.

C'est d'abord en restreignant le pouvoir de chacun des époux de disposer des meubles de ménage, du droit au bail et de l'immeuble ou du logement servant de résidence familiale que le législateur est intervenu, plutôt qu'en établissant une copropriété immédiate ou différée desdits biens⁵⁶; mais il a aussi organisé un régime d'attribution de ces biens à affectation familiale dans les cas de dislocation du ménage. On étudiera successivement les modalités de la protection des meubles affectés à l'usage du ménage, puis celles de la protection du logement loué, et enfin celles de la protection de la résidence familiale dans un immeuble dont un époux est propriétaire.

A. LA PROTECTION DES MEUBLES DE MÉNAGE.

L'article 449 C.c.Q. exige le consentement du conjoint lorsqu'il s'agit de nantir, aliéner ou transporter hors de la résidence principale de la famille les meubles qui sont affectés à l'usage du ménage.

La loi exige donc non seulement que les meubles garnissent la résidence familiale (art. 450 C.c.Q.) mais aussi qu'ils soient affectés à l'usage du ménage; se trouvent donc exclus les biens mobiliers qui n'ont pas reçu pareille affectation, par exemple ceux qui sont utilisés par l'un des époux exclusivement pour l'exercice de son métier ou de sa profession, voire d'une activité sportive. Peut-être doit-on exclure également des biens mobiliers qui, bien qu'affectés en fait à l'usage du ménage, ne garnissent pas la résidence elle-même, comme une automobile, une tente-roulotte, un bateau de plaisance⁵⁷. Chose certaine, la notion de «meubles affectés à l'usage du ménage» ne doit pas être confondue avec celle de «meubles meublants» de l'article 396 C.c.B.-C.⁵⁸.

⁵³ M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 13.

⁵⁴ Art. 1292, 1361 et 1425a C.c.B.-C., abrogés.

⁵⁵ Art. 1266o et 1267c C.c.B.-C., abrogés.

⁵⁶ M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 14.

⁵⁷ Voir J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 56.

⁵⁸ *Ibid.*

Il est à noter que l'article 449 C.c.Q. ne fait aucune référence à la qualité de propriétaire ou de locataire, mais édicte simplement qu'«un époux ne peut»; la loi défend donc à un époux de poser seul tout acte pouvant priver la famille des meubles de ménage, indépendamment de la question de savoir si cet époux détient des droits sur ces meubles. Par ailleurs, on a prétendu à tort⁵⁹ que l'achat d'un meuble de ménage requiert l'accord du conjoint.

La sanction du défaut de consentement du conjoint à un acte ainsi visé par la loi est la nullité (art. 450 al. 1 C.c.Q.). Il s'agit clairement d'une nullité relative, à courte prescription d'ailleurs (art. 2261.1 C.c.B.-C.). Le législateur, soucieux de protéger les intérêts du tiers contractant en l'occurrence, a cependant décidé que l'acte à titre onéreux ne pouvait être annulé si le cocontractant était de bonne foi (art. 450 al. 2 C.c.Q.); une règle analogue (article 479 C.c.Q.) apparaît dans la réglementation de l'exercice des droits et pouvoirs résultant du régime matrimonial. Compte tenu de ce que la bonne foi se présume (art. 2202 C.c.B.-C.), le champ d'application de la mesure protectrice sera donc assez limité en pratique. Sur le plan procédural, il y a lieu d'observer que l'action en nullité peut s'accompagner d'une saisie avant jugement en vertu de l'article 734 al. 5 C.p.C.⁶⁰.

L'action en nullité ne serait pas, selon certains⁶¹, le seul recours ouvert à l'époux dont le consentement n'a pas été obtenu; le recours en dommages-intérêts en serait un autre. Cette solution a été mise en doute⁶². Il y a cependant au moins un cas où il faut envisager un autre recours que l'action en nullité: c'est celui où un époux transporte les meubles de ménage hors de la résidence familiale, tout au moins dans l'hypothèse où il s'agit d'un simple déplacement physique⁶³.

La prohibition de disposer des meubles de ménage sans le consentement du conjoint s'accompagne d'une mesure d'attribution en cas de séparation de corps, de dissolution du mariage (donc par décès aussi bien que par divorce) et d'annulation du mariage. L'article 458 C.c.Q. dispose en effet que le tribunal peut alors attribuer à l'un des époux ou au survivant la propriété ou l'usage de meubles de son conjoint qui garnissent la résidence principale de la famille et sont affectés à l'usage du ménage.

⁵⁹ A. ROY, *loc. cit. supra*, note 21, p. 156.

⁶⁰ O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 1, p. 145.

⁶¹ M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 14; J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 66; A. ROY, *loc. cit. supra*, note 21, p. 157.

⁶² E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 38.

⁶³ Voir J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 66.

L'attribution se fait, à défaut d'accord entre les parties, aux conditions que le tribunal détermine (art. 460 C.c.Q.)⁶⁴.

En proposant cette règle d'attribution, l'Office de révision du Code civil a fait valoir l'importance psychologique que peut représenter pour les enfants en bas âge le milieu physique dans lequel ils ont vécu; le tribunal, a-t-on observé, doit tenir compte, notamment, de la situation respective des époux et de l'âge des enfants⁶⁵.

B. LA PROTECTION DU LOGEMENT LOUÉ.

L'article 451 C.c.Q. dispose, au premier alinéa, que l'époux locataire de la résidence principale de la famille ne peut, sans le consentement écrit de son conjoint, sous-louer, céder son droit, ni mettre fin au bail lorsque le locateur a été avisé, par l'un ou l'autre des époux, du fait que le logement servait de résidence principale.

Il résulte de cette disposition que même si le bail a été signé par un seul des époux, il ne peut être modifié tel que susdit sans le consentement écrit de l'autre⁶⁶, une fois que l'avis précité a été donné au locateur. Les membres de la famille ne peuvent donc être privés, par l'acte unilatéral du titulaire du droit au bail, de la jouissance des lieux loués avant l'expiration du terme convenu (bail à durée fixe) ou du délai prévu par la loi (bail à durée indéterminée)⁶⁷.

La forme de l'avis susceptible d'être donné au locateur n'est pas précisée, de sorte qu'il peut même être verbal, sous réserve des difficultés de preuve. Bien que le texte ne le précise pas, il paraît certain que l'avis peut être inclus dans le bail même; on a d'ailleurs prévu l'incorporer dans les conditions particulières du bail-type et mettre au surplus à la disposition du public une formule d'avis de résidence principale⁶⁸.

Comme l'a expliqué le professeur Jacques Auger, l'avis au bailleur s'explique, du moins en partie, par l'absence de tout système de publicité susceptible d'informer les tiers du fait qu'un logement sert de résidence principale à une famille. Le locateur devient la principale source d'information pour le tiers qui désire sous-louer ou obtenir la cession du bail d'un logement et qui veut s'assurer que les droits qu'il acquiert ne seront pas

⁶⁴ Voir aussi les articles 461 et 462 C.c.Q., ainsi que l'article 735.1 C.c.B.-C. et l'article 76 de la *Loi* 89.

⁶⁵ O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 1, p. 145.

⁶⁶ G. TRUDEL et R. DESROSIERS DE LANAUZE, *op. cit. supra*, note 17, p. 58.

⁶⁷ O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 1, p. 146.

⁶⁸ Voir M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 15.

compromis. Informé par le locateur de l'existence d'un avis de résidence familiale, le sous-locataire ou le cessionnaire devra exiger du sous-locateur ou du cédant le consentement écrit de son conjoint. Quant au locateur, il ne pourra plus, à compter de la réception de l'avis, accepter de mettre fin au bail sans obtenir le consentement écrit du conjoint du locataire; il pourra cependant, sans requérir tel consentement, exercer le droit de reprise de possession prévu aux articles 1659 et suivants C.c.B.-C., vu que la cessation du bail est alors indépendante de la volonté du locataire⁶⁹.

L'obligation du locataire d'obtenir le consentement de son conjoint dans les circonstances plus haut exposées est sanctionnée par la nullité relative, réservée au conjoint dont le consentement n'a pas été obtenu (art. 451 al. 2 C.c.Q.). Le sous-locataire ou cessionnaire de bonne foi n'y échapperait pas⁷⁰. L'action en question se prescrit conformément à l'article 2261.1 C.c.B.-C. Certains enseignent que le conjoint dont le consentement n'a pas été obtenu peut exercer un autre recours; s'il subit un préjudice, il peut réclamer des dommages-intérêts du conjoint locataire, voire du locateur si celui-ci a été avisé en temps utile du fait que les lieux loués servaient de résidence principale⁷¹.

La protection du logement familial revêt une autre forme dans les cas de rupture. L'article 457 C.c.Q. dispose en effet qu'en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation du mariage, le tribunal peut, à la demande de l'un des époux, attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence principale de la famille; l'attribution lie le locateur dès que le jugement lui est signifié et libère, pour l'avenir, le locataire originaire des droits et obligations résultant du bail.

En permettant ainsi au tribunal de substituer au locataire le conjoint ou l'ex-conjoint de celui-ci, le législateur déroge à une règle fondamentale des contrats, selon laquelle la convention n'a d'effet qu'entre les parties⁷². S'il le fait, c'est pour favoriser, dans l'intérêt des enfants, la stabilité du logement familial et améliorer la situation du conjoint qui s'est vu confier la garde des enfants et qui éprouve parfois certaines difficultés à se reloger⁷³. L'idée n'est pas complètement nouvelle, car il était possible auparavant, pour la femme, d'obtenir du tribunal durant l'instance en séparation de corps ou en divorce l'autorisation de demeurer au domicile conjugal, à l'exclusion du mari⁷⁴, qui pouvait pourtant être le titulaire du bail, voire le propriétaire;

⁶⁹ J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 62 et 63.

⁷⁰ M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 15.

⁷¹ *Ibid.* Voir aussi J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 66.

⁷² G. TRUDEL et R. DESROSIERS DE LANAUZE, *op. cit. supra*, note 17, p. 63.

⁷³ O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 1, p. 147.

⁷⁴ Art. 820 C.p.c.; art. 200 C.c.B.-C.

mais il était absolument contraire à la loi de prolonger cette faveur au-delà du jugement de séparation de corps ou de divorce⁷⁵. Notons enfin que l'attribution du bail n'est pas prévue, à l'article 457 C.c.Q., quand le locataire décède; pareille situation est par ailleurs réglementée par l'article 1657.3 C.c.B.-C., qui porte attribution légale du bail en faveur de la personne qui habite avec le locataire lors de son décès⁷⁶.

C. LA PROTECTION DU LOGEMENT DANS UN IMMEUBLE DONT UN CONJOINT EST PROPRIÉTAIRE.

La résidence familiale est également protégée, quoique selon des modalités différentes, quand elle se trouve située dans un immeuble dont l'un des époux est propriétaire (art. 452 et 453 C.c.Q.), ou encore lorsqu'il y possède un droit réel d'usufruit, d'emphytéose ou d'usage (art. 454 C.c.Q.). Le titulaire d'un droit de superficie n'est pas mentionné, mais on peut l'ajouter à la liste⁷⁷.

Le législateur distingue toutefois selon que la résidence principale de la famille se trouve dans un immeuble de moins de cinq logements⁷⁸ ou dans un immeuble de cinq logements ou plus. Dans le premier cas, l'époux propriétaire ne peut, sans le consentement de son conjoint, aliéner l'immeuble, le grever d'un droit réel ni en louer la partie réservée à l'usage de la famille; la sanction consiste alors pour le conjoint, à demander la nullité de l'acte si une déclaration de résidence a été préalablement enregistrée contre l'immeuble (art. 452 C.c.Q.). Dans le second cas, l'époux propriétaire n'a pas à obtenir le consentement de son conjoint pour grever son immeuble d'un droit réel, et quant aux sanctions possibles, le conjoint qui a préalablement enregistré une déclaration de résidence contre l'immeuble peut simplement obtenir, s'il y a eu aliénation, que le nouvel acquéreur lui consente un bail des lieux déjà occupés à des fins résidentielles, alors que, s'il y a eu location de la partie réservée à l'usage de la famille, il peut demander la nullité du bail (art. 453 C.c.Q.). Les articles 452 et 453 C.c.Q. ne prévoient aucun recours en dommages-intérêts, mais on a exprimé l'opinion que pareil recours était possible, même en l'absence d'enregistrement de déclaration de résidence⁷⁹, car cette mesure vise essentiellement la protection des tiers.

⁷⁵ Bastien v. Trottier, 1977 C.A. 42.

⁷⁶ J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 70.

⁷⁷ *Id.*, p. 57.

⁷⁸ Pour l'interprétation du terme logement, voir J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, pp. 58 et 59.

⁷⁹ M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 16; J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 66.

Ces dispositions empêchent-elles un époux d'acquérir, sans le consentement de l'autre, la propriété d'un immeuble destiné à servir en tout ou en partie de résidence principale de la famille, lorsque l'acte d'acquisition contient une hypothèque, une clause résolutoire ou une clause de dation en paiement en faveur du vendeur? À cette question, on peut d'abord répondre que nonobstant la règle portant que les époux choisissent de concert la résidence familiale (art. 444 C.c.Q.), il n'est pas exigé qu'une fois le choix effectué, les deux consentent à l'acte d'acquisition⁸⁰. En ce qui concerne les garanties auxquelles l'époux acquéreur peut avoir à consentir dans l'acte d'acquisition comme d'ailleurs celles qui grèvent déjà l'immeuble et qu'il doit assumer, on peut s'inspirer d'une solution élaborée dans une situation analogue⁸¹, celle de l'article 1292 C.c.B.-C. abrogé par la *Loi* 89. Dans l'affaire *Lemieux v. Poulin*⁸², l'honorable juge Yves Bernier a décidé que l'exigence du concours de la femme à l'aliénation ou à l'hypothèque d'un immeuble commun par le mari ne s'appliquait pas aux actes d'acquisition; les restrictions imposées par l'article 1292 C.c.B.-C. ne s'appliquent qu'aux immeubles faisant déjà partie de la communauté et non à ceux qui n'y sont pas encore entrés⁸³.

L'époux propriétaire d'un immeuble de moins de cinq logements qui sert en tout ou en partie de résidence familiale, ne peut, on l'a vu, aliéner cet immeuble ou le grever d'un droit réel sans le consentement de son conjoint. Le terme «aliéner» englobe tous les actes juridiques volontaires par lesquels quelqu'un dispose de son droit; il en serait ainsi d'un acte de partage par lequel l'époux propriétaire disposerait de ses droits indivis dans l'immeuble servant de résidence familiale, ainsi que de la dation en paiement que consentirait le propriétaire⁸⁴. Quant à l'expression «grever d'un droit réel», elle vise évidemment l'hypothèque conventionnelle, la création d'une servitude réelle, la constitution d'un droit d'usufruit ou d'usage, mais non les droits réels qui ne résultent pas de la volonté du propriétaire, comme l'hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire ou les privilèges immobiliers⁸⁵.

⁸⁰ J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 60.

⁸¹ *Ibid.* Voir aussi M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 16.

⁸² 1972 C.S. 644.

⁸³ Voir R. COMTOIS, «Jurisprudence. Vente avec clause résolutoire — Communauté de biens — Concours de l'épouse non requis», (1972-73) 75 *R. du N.* 346. Tout en se déclarant d'accord sur la substance de l'arrêt *Lemieux v. Poulin*, l'auteur en réduit la portée en exigeant le concours de la femme à l'acte de vente lorsqu'une hypothèque conventionnelle y est stipulée ou encore une clause de dation en paiement.

⁸⁴ J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 59.

⁸⁵ *Idem*, pp. 59-60.

La prohibition d'aliéner édictée aux articles 452 et 453 C.c.Q. n'empêche cependant pas le propriétaire de l'immeuble servant de résidence familiale d'en disposer à cause de mort sans le consentement de son conjoint; cette solution découle implicitement de l'article 459 C.c.Q. On peut en dire autant de la prohibition de l'article 449 C.c.Q., en rapprochant ce texte de l'article 458 C.c.Q.

La possibilité pour un époux propriétaire d'un immeuble d'au moins cinq logements de grever son immeuble d'un droit réel sans le consentement de son conjoint ne l'autorise cependant pas à consentir seul à une clause de dation en paiement dans un acte d'hypothèque, car pareille clause emporte aliénation conditionnelle de l'immeuble⁸⁶; ce n'est pas le jugement ou l'acte constatant l'exercice de la dation en paiement qui constitue l'aliénation mais la clause elle-même.

Les sanctions édictées par les articles 452 et 453 C.c.Q. sont, on l'a signalé, subordonnées à l'enregistrement préalable d'une déclaration de résidence. L'enregistrement en question est soumis, quant à la forme, aux règles générales de l'enregistrement (art. 2131 et s. C.c.B.C.)⁸⁷. Si la déclaration de résidence est faite par le conjoint du propriétaire, il doit en aviser ce dernier sans délai (art. 455 C.c.Q.). Rien ne s'oppose à ce que la déclaration soit faite dans l'acte d'acquisition de l'immeuble⁸⁸.

Les modalités de radiation de l'enregistrement de la déclaration de résidence sont prévues dans le chapitre cinquième du Titre *De l'enregistrement des droits réels* du *Code civil du Bas-Canada*, chapitre auquel la *Loi 89* a donné un nouveau titre: *De la radiation de l'enregistrement des droits réels et de la déclaration de résidence*. C'est plus précisément aux articles 2148.1 et 2150 C.c.B.C. que l'on trouve la réglementation propre à la radiation de l'enregistrement de la déclaration de résidence familiale, les autres articles dudit chapitre s'y appliquant dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles⁸⁹.

⁸⁶ M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 16; J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 59.

⁸⁷ Voir J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 67, selon qui les prescriptions de l'article 2168 C.c.B.-C. ne doivent cependant pas être obligatoirement suivies en l'occurrence.

⁸⁸ M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 17; J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 67. Pour une opinion divergente ainsi que pour une étude de la question de l'époque à laquelle la déclaration de résidence familiale doit être enregistrée pour être opposable, voir Jean-Marc AUDET, *La résidence familiale*, in *Cours de perfectionnement du notariat*, 1981, n° 1, p. 101.

⁸⁹ En ce qui concerne le sort de la déclaration de résidence dans les cas de décret, de vente pour taxes et d'expropriation, voir M. GUY, *loc. cit. supra*, note 26, p. 17.

Il y a lieu d'ajouter qu'une loi entrée en vigueur le 18 juillet 1981⁹⁰ permet à l'un ou à l'autre des époux ou aux deux d'enregistrer un avis d'adresse en même temps que la déclaration de résidence familiale. Grâce à cet avis d'adresse, qui incidemment s'applique aussi bien aux logements à loyer, le registrateur peut aviser le ou les conjoints qu'une procédure est intentée contre la résidence, par exemple une saisie pour taxes impayées. Cet avis est enregistré, comme la déclaration de résidence elle-même, au bureau d'enregistrement.

Quant au pouvoir d'attribution que l'article 459 C.c.Q. confère au tribunal, il faut noter tout d'abord que cette disposition n'est cependant pas encore en vigueur. Elle prévoit qu'en cas de dissolution ou d'annulation du mariage, le tribunal peut attribuer à l'un des époux ou au survivant un droit de propriété ou d'habitation de l'immeuble qui servait de résidence principale de la famille et sur lequel son conjoint a un droit de propriété. C'est en compensation de l'apport d'un époux à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, titulaire d'un droit de propriété dans l'immeuble, que pareille attribution est faite. L'article 459 C.c.Q., dispose enfin qu'en cas de séparation de corps, seul un droit d'habitation peut être attribué. L'idée de l'attribution préférentielle de la résidence familiale n'est pas totalement nouvelle dans notre droit⁹¹. Elle existe, depuis 1970, comme modalité possible dans la liquidation de la société d'acquêts (art. 1267c C.c.B.-C., devenu l'article 515 C.c.Q.). Toutefois, cette disposition du régime de la société d'acquêts a une portée beaucoup plus limitée que celle du nouvel article 459 C.c.Q. Ce dernier texte s'applique aussi bien aux propres qu'aux acquêts, il s'applique sous tous les régimes matrimoniaux, les époux ne peuvent par contrat de mariage ou par une autre convention écarter la possibilité de l'attribution éventuelle (art. 400 C.c.Q.), enfin l'attribution est possible non seulement en cas de décès⁹², mais aussi en cas de séparation de corps ou de divorce. Au surplus, l'attribution prévue lors de la liquidation d'une société d'acquêts suppose que le conjoint survivant accepte le partage des acquêts du conjoint décédé et que l'on tienne compte du problème du cumul posé par l'article 624c C.c.B.-C.⁹³, restrictions qui n'existent pas dans le cas de l'article 459 C.c.Q.

En revanche, l'attribution envisagée par ce nouveau texte est expressément subordonnée à l'enrichissement du patrimoine d'un époux par l'autre; l'apport à l'enrichissement peut être en services comme en biens (art. 533, 559 C.c.Q. et 735.1 C.c.B.C., non en vigueur). Il s'agit donc

⁹⁰ *Loi modifiant certaines lois relatives à l'administration de la justice (Loi 17).*

⁹¹ J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 70.

⁹² L'article 515 C.c.Q. mentionne aussi le cas d'absence.

⁹³ J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 70.

d'une prestation compensatoire dont le tribunal déterminera les conditions, notamment quant à la soulte (art. 460 C.c.Q.)⁹⁴. Le tribunal tiendra compte notamment des avantages matrimoniaux, ainsi que des avantages successoraux le cas échéant (art. 533, 559 C.c.Q. et 735.1 C.c.B.-C., non en vigueur). Il ne s'agit pas là d'un droit qui résulte du régime matrimonial, ni d'un droit rattaché à la qualité d'héritier; il n'emporte donc pas acceptation de la communauté de biens, de la société d'acquêts ou de la succession⁹⁵.

CONCLUSION

Pour assurer la protection de la résidence principale de la famille, le législateur a cru bon d'exiger, comme on vient de le voir, que l'époux titulaire de certains droits obtienne le consentement de son conjoint pour tous les actes susceptibles de priver la famille de la jouissance de la résidence elle-même ainsi que des meubles affectés à l'usage du ménage. Il fallait cependant envisager l'hypothèse où pareil consentement ne pourrait être obtenu. C'est l'objet de l'article 456 C.c.Q., qui présente comme substitut l'autorisation du tribunal lorsqu'un époux ne peut obtenir le consentement de son conjoint pour quelque cause que ce soit ou si le refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.

Il y a lieu d'observer que ce recours est situé dans la section *De la résidence familiale*; on ne peut donc l'utiliser dans d'autres circonstances. On trouve dans la section *Des droits et devoirs des époux* (art. 441 et ss. C.c.Q.), où il n'est d'ailleurs pas question de consentement du conjoint pour l'excellente raison que les époux ont en l'occurrence les mêmes droits et les mêmes devoirs, un autre recours, différent nonobstant les apparences, qui permet de sortir des situations conflictuelles susceptibles de se présenter (art. 448 C.c.Q.).

En ce qui concerne la résidence familiale, ce n'est évidemment que l'époux propriétaire, ou locataire selon le cas, qui peut recourir à l'autorisation judiciaire; l'autre conjoint, c'est-à-dire celui dont le consentement est requis, ne peut obtenir du tribunal l'autorisation de se substituer au titulaire du droit. Il pourrait en être autrement au sujet des meubles de

⁹⁴ Voir aussi, pour les règles complémentaires, les articles 461 et 462 C.c.Q.

⁹⁵ J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 4, p. 70.

ménage, car l'article 449 C.c.Q. ne semble pas tenir compte de la qualité de propriétaire⁹⁶.

Le professeur Jacques Auger a soulevé un problème qui se pose en la matière, dans le cas où les époux sont copropriétaires de la résidence familiale⁹⁷. Un indivisaire peut-il obtenir l'autorisation judiciaire pour aliéner seul l'immeuble indivis lorsque son conjoint refuse d'y concourir? Le professeur Auger estime à juste titre que l'article 456 C.c.Q. ne semble pas accorder au tribunal un pouvoir aussi grand; habiliter un époux indivisaire à vendre la part de son conjoint équivaldrait à une expropriation des droits de ce dernier; la seule solution consiste à provoquer le partage.

On constate qu'en ce qui concerne les effets du mariage, la réforme de 1980, entrée en vigueur le 2 avril 1981, a effectué dans notre droit des modifications nombreuses et profondes; le caractère impératif de ces règles doit évidemment être mis en relief. Le législateur n'a pas seulement posé le principe de l'égalité des époux, il en a tiré des conséquences pratiques, susceptibles d'adapter les rapports juridiques entre époux aux réalités contemporaines, mais aussi de révolutionner dans une certaine mesure la pratique courante du droit.

⁹⁶ *Id.*, p. 69.

⁹⁷ *Ibid.*