

L'ATTRIBUTION D'UN DROIT D'USAGE EXCLUSIF DE LA « RÉSIDENCE FAMILIALE » À UN CONJOINT NON MARIÉ AYANT LA GARDE DES ENFANTS AU QUÉBEC : COMPARAISON AVEC LES PROVINCES DE COMMON LAW

Stéphanie CHAREST

Volume 116, Number 2, 2014

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043668ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043668ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

CHARST, S. (2014). L'ATTRIBUTION D'UN DROIT D'USAGE EXCLUSIF DE LA
« RÉSIDENCE FAMILIALE » À UN CONJOINT NON MARIÉ AYANT LA GARDE
DES ENFANTS AU QUÉBEC : COMPARAISON AVEC LES PROVINCES DE
COMMON LAW. *Revue du notariat*, 116(2), 277–326.
<https://doi.org/10.7202/1043668ar>

**L'ATTRIBUTION D'UN DROIT D'USAGE
EXCLUSIF DE LA « RÉSIDENCE
FAMILIALE » À UN CONJOINT NON MARIÉ
AYANT LA GARDE DES ENFANTS AU
QUÉBEC : COMPARAISON AVEC LES
PROVINCES DE COMMON LAW***

Stéphanie CHAREST**

| | |
|--|-----|
| Introduction | 279 |
| 1. Les lacunes du droit québécois relatif à l'attribution d'un droit d'usage de la résidence familiale | 285 |
| 1.1 <i>Le Code civil du Québec</i> : des dispositions déficientes | 286 |
| 1.1.1 Les règles de la résidence familiale, réservées aux conjoints mariés. | 286 |
| 1.1.2 Les règles de la copropriété indivise, inadaptées à la rupture des conjoints de fait propriétaires | 289 |
| 1.2 La réponse jurisprudentielle à l'absence de dispositions législatives régissant la « résidence familiale » des conjoints de fait | 292 |
| 1.2.1 Conjoints de fait copropriétaires indivis | 292 |
| 1.2.2 Conjoint de fait unique propriétaire | 294 |

* Ce texte est une version modifiée, à des fins de publication, d'un mémoire de maîtrise réalisé à l'Université Laval sous la direction de la professeure Michelle Cumyn. Il a remporté, à l'automne 2014, le concours de rédaction juridique de 2^e cycle de la Chaire du notariat de l'Université de Montréal.

** LL.M., notaire à Québec. L'auteure tient à remercier la professeure Michelle Cumyn pour ses excellents conseils, ses commentaires et son soutien inestimable.

| | | |
|-------|---|-----|
| 1.3 | L'intérêt de l'enfant peut-il fonder l'attribution d'un droit d'usage exclusif à l'un des parents conjoints de fait ? | 296 |
| 1.4 | Nature et portée du droit d'usage de la résidence familiale | 300 |
| 1.5 | Synthèse | 301 |
| 2. | Les protections légales offertes aux conjoints de fait dans les autres provinces et territoires : des pistes de solution pour le Québec ? | 302 |
| 2.1 | Une étude de la législation. | 302 |
| 2.1.1 | L'assujettissement des conjoints de fait aux règles matrimoniales statutaires à la suite d'une cohabitation de durée fixe | 303 |
| 2.1.2 | La législation permettant la possession exclusive du foyer familial | 305 |
| 2.1.3 | L'assujettissement des conjoints de fait aux effets du mariage par l'enregistrement de leur relation. | 309 |
| 2.1.4 | La reconnaissance des accords écartant l'application de la loi | 311 |
| 2.2 | Les fiducies et l'enrichissement injustifié | 312 |
| 2.3 | Pistes de solution législatives pour le Québec | 315 |
| 3. | Vers une protection contractuelle de la résidence familiale pour les conjoints de fait au Québec | 319 |
| 3.1 | Clauses à inclure dans un contrat d'indivision | 319 |
| 3.2 | Clauses à inclure dans un contrat de vie commune | 321 |
| | Conclusion | 323 |
| | Annexe I – Répartition des familles en pourcentage selon leur état matrimonial | 325 |
| | Annexe II – Tableau de droit comparé | 326 |

INTRODUCTION

La cellule familiale a beaucoup évolué au cours des dernières décennies. L'industrialisation croissante, l'émancipation des femmes et la perte d'influence des institutions religieuses ont mené à l'érosion des normes sociales traditionnelles en Occident, emportant un important changement dans la perception de la famille¹. Le concubinage s'est timidement installé dans les ménages au cours des années 1960 et s'est accéléré à partir des années 1980, entraînant une diminution proportionnelle du taux de mariage². Aujourd'hui, loin de s'essouffler, le phénomène ne cesse de progresser. Au Québec, en 2011, plus d'un couple sur trois était en situation d'union de fait³. De l'ensemble des ménages, incluant les familles monoparentales, 31,53 % vivaient en union libre. La moyenne canadienne était alors de 16,70 %, soit de 12,15 % en retranchant les données du Québec⁴. Ainsi, le Québec compte proportionnellement plus du double de conjoints de fait que les autres provinces comme le montre le tableau reproduit en annexe⁵.

Les provinces de common law ont graduellement implanté un corpus législatif portant sur les relations privées entre conjoints de fait, mais le Québec tarde à faire de même. Les premières n'ont certes pas légiféré par souci d'équité, mais plutôt dans le but de

-
1. Zheng WU, *Cohabitation. An Alternative Form of Family Living*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 54.
 2. François NAULT et Alain BÉLANGER, *Le déclin du mariage au Canada de 1981 à 1991*, Ottawa, Statistique Canada, Division des statistiques sur la santé, 1996, p. 24.
 3. INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Familles selon la structure et le nombre d'enfants de tous âges*, Canada, Québec et Ontario, 19 avril 2011, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/familles-menages/tableau_10.htm>.
 4. STATISTIQUE CANADA, *Familles de recensement dans les ménages privés, selon la structure familiale et la présence d'enfants, par province et territoire, Recensement de 2011*, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/tables-tableaux/sum-som/102/cst01/famil54b-fra.htm>>.
 5. Il est à noter que les données du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut indiquent des taux d'union libre et de couples mariés similaires à ceux du Québec. La principale nuance réside dans la forte proportion de familles monoparentales retrouvée dans ces territoires, alors que le Québec n'est que très légèrement au-dessus de la moyenne canadienne à cet égard.

réduire les dépenses sociales⁶ ou en réaction à une série de jugements rendus par la Cour suprême du Canada dans les années 1990, lesquels ont invalidé différentes dispositions relatives à la notion de « conjoint ». Dans ces décisions, il a été déterminé que les avantages offerts aux conjoints au sens de la *Loi sur les assurances* visent autant les époux que les conjoints de fait⁷ et que l'obligation alimentaire ne peut être limitée aux époux et conjoints de fait de sexe opposé⁸. La Cour suprême a également qualifié une union de fait de quasi matrimoniale⁹, alléguant la similarité fonctionnelle avec une relation évoluant dans les liens du mariage. Un encadrement légal et jurisprudentiel des droits des conjoints de fait s'est créé.

À la surprise de plusieurs, la Cour suprême a mis un frein à sa propre lancée dans l'affaire *Walsh*¹⁰, où elle a nuancé le droit à l'égalité devant la loi offert par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹, sanctionnant l'autonomie de la volonté plutôt que le concept de la similarité fonctionnelle. Récemment, elle a suivi une logique similaire en tranchant l'affaire publiquement baptisée *Éric c. Lola* : les règles du *Code civil du Québec* applicables aux époux à l'exclusion des conjoints de fait ne briment pas les droits de ces derniers¹². À la suite de cette décision, le législateur québécois devra s'interroger quant à l'opportunité de modifier le Code civil de façon à ce que ses dispositions régissent également les relations entre conjoints de fait. Il a d'ailleurs reconnu ce fait puisqu'un comité consultatif sur le droit de la famille a été mis sur pied en avril 2013 dans le but de considérer la nécessité d'une nouvelle réforme en droit de la famille. Ayant conclu, dans son rapport préliminaire, qu'une telle révision s'imposait, le comité est maintenant appelé à analyser les droits et obligations des conjoints ainsi que le droit des enfants¹³. Les

6. Alain ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec – Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé », (2012) 1 *C.P. du N.* 235, 300.

7. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

8. *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

9. *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, 981.

10. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325.

11. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11].

12. *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5.

13. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois*, Justice Québec, septembre 2013, en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_CCDF.pdf>.

réformes antérieures¹⁴ du droit de la famille québécois posent les bases de la réflexion actuelle.

Dès le début des années 1970, l'Office de révision du Code civil s'est penché sur une réforme importante du livre De la famille où il proposait un minimum d'obligations pour les « époux de fait »¹⁵. Par exemple, chacun se devait de contribuer aux dettes du ménage en fonction de ses facultés¹⁶. Face au tollé provoqué par ces suggestions, aucune disposition n'a été adoptée pour encadrer les relations des couples alors qualifiés de « concubins »¹⁷. Il est intéressant de noter qu'à cette époque, certains groupes de femmes étaient fermement opposés à l'encadrement législatif des conjoints de fait¹⁸. Cette prise de position pourrait s'expliquer par le fait qu'encore dans les années 1970, environ 90 % des personnes célibataires allaient se marier. À titre comparatif, ce taux s'établissait autour de 30 % en 1997¹⁹. De plus, à l'époque, moins de 10 % des enfants naissaient en dehors des liens du mariage²⁰. Les couples vivant en union de fait

14. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39 et *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.
15. Expression utilisée à l'article 49 du *Projet de loi 89 : loi instituant un nouveau code civil et portant sur la réforme du droit de la famille* : « Les règles des articles 47 et 48 s'appliquent également aux époux de fait. Dans ce Code, sont époux de fait ceux qui, sans être mariés l'un avec l'autre, vivent ensemble ouvertement comme mari et femme, d'une façon continue et stable. » Voir GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1979, annexe C.
16. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, COMITÉ DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE, *Rapport sur la famille*, Première partie, Montréal, Le Comité, 1974, art. 102 à 108, p. 285 à 302.
17. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 537, n° 375.
18. Notamment : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, préc., note 15, p. 23 ; RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *Observations et recommandations sur le rapport sur la famille du Comité du droit des personnes et de la famille de l'Office de révision du code civil*, Québec, RAIF, 1975, Introduction, p. 18 ; FÉDÉRATION DES FEMMES DU QUÉBEC, *Mémoire présenté au Ministre de la justice du Québec sur la loi instituant un nouveau Code civil et portant sur la réforme du droit de la famille (Projet de loi 89)*, Montréal, La Fédération, 1980.
19. Louis DUCHESNE, « Naître au naturel : Les naissances hors mariage », 1997, vol. 1-3, *Statistiques. Données sociodémographiques en bref*, p. 1.
20. *Ibid.* ; au Québec, le taux de naissances hors mariage était de 3,1 % en 1951. Il a amorcé une augmentation significative au début des années 1980, suivie d'une hausse annuelle constante d'environ 2 % pour atteindre 63,3 % en 2012. Voir : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Naissances selon l'état matrimonial des parents, Québec, 1951-2013*, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/naissance-fecondite/410.htm>>.

étaient donc plutôt rares et l'autonomie de choix était valorisée par certaines femmes qui désiraient, et pouvaient, se libérer du mariage et des obligations qui en découlaient. En revanche, les règles du mariage étaient vues comme le véhicule privilégié pour répondre aux besoins de protection de la plupart des femmes et de leurs enfants.

De cette première réforme, entrée en vigueur en 1981, nous retenons trois éléments qui seront utiles à notre propos. D'abord, le meilleur intérêt de l'enfant doit désormais guider les décisions prises à son sujet. Ensuite, tous les enfants naissent égaux, peu importent les circonstances de leur naissance²¹. Sur ce point, l'objectif du législateur était clairement d'abolir toute forme de discrimination entre les enfants dits « légitimes », soit nés dans le cadre des liens du mariage, et ceux dits « naturels »²². Enfin, une protection est accordée au logement occupé par la famille avec l'introduction des règles sur la déclaration de résidence familiale²³. De vives critiques²⁴ se sont élevées à ce sujet, parce que l'efficacité de ces règles dépendait de l'inscription au registre foncier d'une déclaration de résidence familiale. Pour atteindre pleinement les effets recherchés, la mesure aurait dû être obligatoire et non volontaire ; toutes les femmes ainsi que leurs enfants auraient été automatiquement protégés²⁵.

Pour contrer l'enrichissement injustifié dans un contexte marital, des recours de droit commun étaient permis²⁶. Puisque les tribunaux se montraient peu enclins à développer le recours en prestation compensatoire²⁷, le législateur québécois a introduit de nouvelles mesures plus contraignantes. C'est ainsi qu'en 1989, il a choisi d'imposer le patrimoine familial aux conjoints mariés²⁸. Cette mesure étant un effet du mariage, par conséquent d'ordre public, les

21. Art. 594 C.c.Q. (1980) ; art. 522 C.c.Q.

22. Jean PINEAU, *La famille : droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 7, n° 14.

23. Art. 452, 453 et 455 du *Code civil du Québec* de 1980 ainsi que 2148.1 et 2150 C.c.B.C., maintenant 404, 405, 407, 3022, 3042, 3044, 3062 et 3063 C.c.Q.

24. FÉDÉRATION DES FEMMES DU QUÉBEC, préc., note 18, p. 5.

25. *Ibid.*

26. *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834.

27. Christian LALONDE, « Le patrimoine familial », dans École du Barreau du Québec, Collection de droit 2014-2015, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, 2014, p. 326.

28. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, préc., note 14 ; Louise LANGEVIN, « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie », (2009) 54 *R.D. McGill* 697, n° 6.

époux ne peuvent pas y renoncer tant que le droit n'est pas ouvert²⁹, à moins de s'en être retirés par convention d'exclusion avant le 31 décembre 1990³⁰.

Aujourd'hui, l'objectif principal de la législation en matière de droit de la famille serait de garantir une certaine protection économique et sociale à tous les membres de la famille nucléaire³¹. Sont toutefois laissées pour compte les familles, de plus en plus nombreuses, qui évoluent en dehors des liens du mariage ou de l'union civile³². Au Québec, il ne faut pas oublier que les conjoints de fait vivent en marge du droit et qu'ils sont donc responsables de leur propre protection³³. Certes des recours de droit commun, tels l'enrichissement sans cause et la société tacite³⁴, sont à leur disposition, mais, comme nous le verrons, la lourdeur de ces moyens diminue grandement leur efficacité. Les points à améliorer sont les mêmes qu'il y a 30 ans : les enfants doivent bénéficier des mêmes protections sans égard à la conjugalité de leurs parents³⁵, ce qui

29. Art. 391 et 423 C.c.Q.

30. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, préc., note 14, art. 42, al. 1.

31. Benoît MOORE, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », (2009) 54 *R.D. McGill* 257, n° 25.

32. Les statistiques analysées par le professeur Wu (préc., note 1, p. 121) vers la fin des années 1990 démontraient que les couples donnant naissance à des enfants alors qu'ils cohabitaient étaient peu susceptibles de se marier subséquemment, contrairement aux conjoints de fait sans enfant. Aucune donnée ne permet présentement de déterminer la proportion de couples qui se marient ou s'unissent civilement après avoir eu des enfants. À moins d'un changement dans le comportement observé par le professeur Wu, ce sont deux enfants québécois sur trois qui ne bénéficieraient pas d'une protection de la résidence familiale équivalente à celle dont profitent les enfants nés de parents mariés advenant la séparation de leurs parents ou le décès de l'un d'eux.

33. J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 17, n° 374, p. 536.

34. *Ibid.*, n° 381, p. 560 ; au sujet de la société tacite, voir Christine MORIN, « La société tacite : quand les affaires se conjuguent avec l'amour », (2008) 110 *R. du N.* 825.

35. Une étude réalisée en 2002 démontre la précarité des unions libres au Québec. De tous les enfants de huit ans ayant vécu au moins un épisode de monoparentalité à partir de la fin des années 1990, 48,8 % l'ont éprouvé par la rupture de l'union de fait de leurs parents, alors que le quart l'a connu par la rupture du mariage (INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, « La monoparentalité dans la vie des jeunes enfants québécois : une réalité fréquente mais souvent transitoire », dans *Portraits et trajectoires*, octobre 2008, p. 2). La fragilité des relations entre conjoints de fait est encore plus importante dans le reste du Canada, où ces couples sont cinq fois plus susceptibles de rompre que les couples mariés ; au Québec, cette proportion est de deux fois et demie (Margaret WARD, *The family Dynamic. A Canadian Perspective*, 4^e éd., Toronto, Thomson

(à suivre...)

implique notamment que la résidence qu'ils habitaient avant la rupture puisse être utilisée par le parent qui obtient leur garde, dans certaines circonstances. Notre étude ne porte que sur les conjoints de fait habitant une résidence dont au moins l'un d'eux est propriétaire. Bien qu'il s'agisse d'un sujet connexe, nous ne traiterons pas du bail de logement. Mentionnons que le législateur a prévu certaines règles concernant les conjoints de fait locataires³⁶.

Dans l'affaire *Éric c. Lola*³⁷, la Cour suprême a déterminé que l'exclusion des conjoints de fait du régime légal applicable aux couples mariés et unis civilement, bien qu'elle constitue un traitement discriminatoire, est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁸. Néanmoins, la protection des enfants n'était pas au cœur de cette affaire. Or, l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice des dispositions concernant la protection de la résidence familiale n'est-elle pas une atteinte au droit à l'égalité des enfants, laquelle n'est pas justifiable par l'article premier de la *Charte* ?

Dans la première partie de ce texte, nous étudierons les règles relatives à la résidence familiale et à la propriété indivise, actuellement en vigueur au Québec. Nous verrons pourquoi ces règles ne permettent pas à un tribunal d'attribuer l'usage exclusif de la résidence au conjoint de fait non propriétaire ni même à celui qui en est copropriétaire alors qu'il obtient la garde des enfants. Une certaine jurisprudence soutient pourtant qu'un droit d'usage exclusif peut être accordé au parent gardien pendant la procédure de partage du bien indivis, jusqu'à la vente de l'immeuble. D'autres juges ont refusé cette attribution temporaire qu'aucune disposition du

(...suite)

Nelson, 2006, p. 101). Malgré une certaine atténuation du phénomène, il n'en reste pas moins que les conjoints de fait sont plus sujets à se séparer que leurs concitoyens mariés. Par conséquent, l'union de fait serait un « mode de vie particulièrement instable » (Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille. Le mariage, l'union civile et les conjoints de fait : Droits, obligations et conséquences de la rupture*, 4^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 1004).

36. Principalement quant au droit au maintien dans les lieux lorsque le conjoint de fait habitait avec le locataire depuis au moins six mois lorsque cesse la cohabitation (art. 1938 C.c.Q.) et au droit de résilier le bail en cours en raison de la violence de son conjoint (art. 1974.1 C.c.Q.). Ce dernier article n'utilise pas la locution « conjoint de fait », mais plutôt le terme « conjoint », lequel englobe tant les époux que les conjoints unis civilement et ceux de fait.

37. Préc., note 12, par. 357.

38. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11].

Code ne prévoit, les règles relatives à la résidence familiale ne s'appliquant qu'aux conjoints mariés ou unis civilement. Nous tenterons de découvrir un fondement juridique à cette attribution judiciaire tantôt accordée, tantôt refusée.

Dans la deuxième partie, nous étudierons le droit statutaire applicable dans les autres provinces et territoires canadiens relativement à l'attribution de la résidence familiale lors de la rupture. Nous en ferons l'analyse critique afin de dégager quelques pistes qui pourraient inspirer le législateur québécois. Nous tenterons de dégager les tendances émanant de cette législation et de son application par les tribunaux. Nous étudierons également, dans une perspective de droit comparé, les recours de droit commun que sont la fiducie résolutoire et la fiducie constructive.

Les solutions législatives et jurisprudentielles n'étant pas à portée de main, nous nous risquerons enfin à proposer certaines pistes de solutions. Nous entendons proposer des modèles de clauses pouvant être incluses dans les contrats de propriété indivise ou dans les contrats de vie commune. Le principe qui guidera nos réflexions tout au long de cet essai est celui du meilleur intérêt de l'enfant.

1. LES LACUNES DU DROIT QUÉBÉCOIS RELATIF À L'ATTRIBUTION D'UN DROIT D'USAGE DE LA RÉSIDENCE FAMILIALE

Le *Code civil du Québec* prévoit différentes mesures de protection de la résidence familiale. Nous verrons que ces dispositions découlant du mariage ne sont pas applicables aux conjoints de fait et que, dans ces circonstances, l'acquisition conjointe de la résidence familiale peut sembler une avenue prometteuse pour les couples vivant en union de fait (1.1). Nous enchaînerons avec une étude des différentes approches jurisprudentielles élaborées par les tribunaux pour tenter d'encadrer l'usage de la résidence familiale des conjoints de fait (1.2). L'intérêt de l'enfant ayant été invoqué à quelques reprises pour permettre l'attribution d'un tel droit, nous nous pencherons ensuite sur cette piste constitutionnelle (1.3). Enfin, nous examinerons la nature et la portée du droit d'usage exclusif de la résidence lorsqu'il a effectivement été octroyé à un conjoint de fait (1.4).

1.1 Le Code civil du Québec : des dispositions déficientes

Nous étudierons d'abord les règles de la résidence familiale, lesquelles sont réservées aux conjoints mariés (1.1.1). Nous aborderons ensuite celles relatives à la copropriété indivise, afin d'en cerner l'impact dans le cadre de l'attribution d'un droit d'usage de la résidence familiale (1.1.2).

1.1.1 Les règles de la résidence familiale, réservées aux conjoints mariés

Les articles portant sur la résidence familiale, d'ordre public de protection³⁹, se trouvent au cœur du titre 1 « Du mariage » du livre « De la famille », soit aux articles 401 à 413 C.c.Q. De ce fait, ils ne sont applicables qu'aux conjoints mariés ou unis civilement⁴⁰, à l'exclusion des couples vivant en union de fait. Suivant ces dispositions, le tribunal peut attribuer l'usage exclusif de la résidence familiale et des meubles qui la garnissent, sans égard au mode de détention de ces biens, à l'époux obtenant la garde d'un enfant ainsi que le prévoit l'article 410 C.c.Q. Également, « [l]e tribunal peut ordonner à l'un des époux de quitter la résidence familiale pendant l'instance. Il peut aussi autoriser l'un d'eux à conserver provisoirement des biens meubles qui jusque-là servaient à l'usage commun »⁴¹. Les ordonnances dont il est question à l'article 500 C.c.Q. peuvent être émises pendant l'instance en séparation de corps ou en dissolution du mariage ; elles ne peuvent être demandées dans le cadre d'une requête en garde d'enfant ou de partage de l'indivision.

Une liste non limitative des critères devant guider le tribunal quant à la décision d'octroyer ou non un droit d'usage selon l'article 410 C.c.Q. a été établie dans l'affaire *Droit de la famille – 579*⁴². Il s'agit des éléments suivants : la période pendant laquelle la résidence a abrité la famille, la façon dont la garde des enfants est partagée, les motifs particuliers en faveur d'un maintien en place de la cellule familiale, les revenus et le capital de chaque partie post-séparation (en raison de leur conséquence sur la mobilité), la capacité du parent gardien d'assurer le bon fonctionnement de la rési-

39. Dominique GOUBAU, « Mesures de protection de la résidence familiale », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 16, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, à jour au 10 juillet 2012, p. 3/16.

40. Art. 521.8, al. 3 C.c.Q.

41. Art. 500 C.c.Q.

42. [1989] R.J.Q. 51 (C.A.).

dence familiale, la difficulté appréhendée du créancier alimentaire d'obtenir une pension alimentaire en argent pour les enfants, la durée anticipée du droit et la façon dont les ex-conjoints ont refait leur vie. Aucun de ces éléments n'a préséance, tout est question de circonstances. La cour bénéficie d'une large discrétion sur la question de l'attribution d'un droit d'usage de la résidence familiale à l'ex-époux gardien des enfants. Bien que le cadre ait été celui d'une instance de divorce, il semble que ces éléments pourraient être utilisés par analogie⁴³ dans un cas où les parties étaient conjointes de fait⁴⁴.

Les articles portant sur le mariage offrent un éventail de solutions relatives à la protection de la résidence familiale, que les époux soient copropriétaires de l'immeuble ou non. Lors du partage du patrimoine familial, le tribunal peut aussi octroyer la résidence familiale en pleine propriété à l'un d'eux⁴⁵. Le tribunal dispose de la discrétion nécessaire pour faire une telle attribution de biens ; le consentement des époux n'est même pas nécessaire⁴⁶.

Par ailleurs, dans le cadre de l'obligation alimentaire, le tribunal peut exceptionnellement remplacer la pension par une somme globale⁴⁷. Le débiteur alimentaire pourrait également héberger son créancier plutôt que de lui verser des paiements périodiques⁴⁸. En revanche, il n'est pas possible de contraindre le débiteur à acquitter son obligation de cette manière⁴⁹. Ainsi, le conjoint de fait ayant la garde d'un enfant ne pourrait pas exiger de son ex-conjoint qu'il cède l'usage de sa résidence à l'enfant, même en règlement de l'obligation alimentaire due à ce dernier. Rappelons que les conjoints de fait ne se doivent aucun aliment, à moins d'une convention à cet effet.

L'appellation « droit d'habitation » qui avait cours sous le *Code civil du Bas Canada* reste largement utilisée malgré qu'elle n'ait pas été reproduite au *Code civil du Québec*. Cette notion correspond à peu de choses près au droit d'usage du code actuel, démembrement

43. M. TÉTRAULT, préc., note 35, p. 906.

44. *Sunderland c. Payette*, [2005] R.D.I. 373 (C.S.).

45. Art. 420 C.c.Q.

46. *Droit de la famille – 07128*, 2007 QCCA 87, par. 68.

47. Art. 589 C.c.Q.

48. Art. 592 C.c.Q.

49. *N.L. c. L.B.*, [2004] R.D.F. 550 (C.S.).

de la propriété habituellement inaccessibles⁵⁰. Étant un droit réel, il doit être publié pour être opposable aux tiers⁵¹. Cette publicité se distingue elle-même de l'inscription d'une déclaration de résidence familiale au registre foncier, laquelle permet un certain contrôle à l'époux non propriétaire quant aux actes relatifs à la résidence familiale⁵². Cette dernière formalité n'exige pas le consentement des deux conjoints ; la déclaration d'un seul époux a plein effet.

Comme nous le verrons, de plus en plus de juges accordent un droit d'usage exclusif et temporaire de la « résidence familiale » au conjoint de fait gardien des enfants, généralement lorsque l'intérêt de ces derniers le commande. Néanmoins, aucune assise juridique ne semble, à première vue, fonder ce raisonnement. Rappelons que l'emploi de l'expression « résidence familiale » dans un contexte d'union de fait ne peut pas être confondu avec le concept de résidence familiale tel que défini à l'article 395 C.c.Q. Dans le présent texte, le terme sera utilisé par analogie et visera le lieu d'habitation commun des conjoints de fait.

Dans cette section, il a été question des règles de la résidence familiale dont l'application est, en principe, réservée aux couples mariés. Nous nous tournons maintenant vers l'étude des règles pouvant s'appliquer aux conjoints de fait. Nous continuerons à utiliser l'expression « résidence familiale » pour désigner la résidence du couple, même si les règles du Code que nous venons d'étudier ne leur sont pas applicables.

50. Art. 1119, 1172 à 1176 C.c.Q.

51. Art. 2938 et 2941 C.c.Q.

52. Le propriétaire de l'immeuble comportant moins de cinq logements servant en tout ou partiellement de résidence familiale doit obtenir le consentement écrit de son époux pour l'aliéner, le grever d'un droit réel ou en louer la partie utilisée par la famille. À défaut, ce dernier pourra demander la nullité de l'acte. De même, si l'immeuble comprend plus de cinq logements, ce consentement est également exigé pour l'aliéner ou louer la partie réservée à l'usage de la famille. Si l'immeuble est vendu sans autorisation, l'époux lésé pourra exiger un bail des lieux qu'il occupe déjà ; si le conjoint propriétaire loue l'espace réservé à la famille, l'acte est annulable. Et encore, l'inscription d'un tel droit personnel n'est pas nécessaire pour que l'époux ne détenant aucun droit de propriété bénéficie de protections. Les meubles servant à l'usage du ménage ne peuvent être aliénés, hypothéqués ou même transportés hors de la résidence familiale sans son consentement, sous peine de nullité de l'acte. À l'instar des autres effets du mariage, ces mécanismes sont réservés aux conjoints mariés ou unis civilement. Voir les articles 401 à 408 C.c.Q.

1.1.2 Les règles de la copropriété indivise, inadaptées à la rupture des conjoints de fait propriétaires

Malgré d'importantes modifications apportées lors de la réforme du Code civil, le droit de l'indivision demeure mal adapté à la situation des conjoints de fait. Autrefois placé au titre des successions, l'article 689 du *Code civil du Bas Canada* exposait que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ». Ce texte ne contenait aucune autre disposition visant à l'organiser ; la seule vocation de l'indivision était d'être transitoire⁵³. Depuis, le législateur a qualifié et encadré ce mode de copropriété de plus en plus courant⁵⁴.

Les conjoints de fait deviennent généralement copropriétaires indivis par contrat, alors qu'ils achètent ensemble l'immeuble destiné à loger leur famille. L'acte de vente de l'immeuble ne prévoit pas systématiquement de règles régissant l'indivision, mais les acheteurs peuvent conclure ensemble une convention d'indivision, laquelle doit être publiée pour être opposable aux tiers. Cette dernière formalité « porte notamment sur la durée prévue de l'indivision, sur l'identification des parts des indivisaires et, le cas échéant, sur les droits de préemption accordés ou sur l'attribution d'un droit d'usage ou de jouissance exclusive d'une partie du bien indivis »⁵⁵.

Comme l'indivision est une modalité de la propriété, chacun conserve individuellement tous les droits et obligations d'un propriétaire exclusif. Il est donc permis à l'un et l'autre d'user, de jouir et de disposer de sa part de la propriété, sous réserve de la convention et des règles du Code civil. Le principe de base de l'indivision est le même que sous l'ancien code : « [n]ul n'est tenu de demeurer dans l'indivision. Le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'ait été reporté par une convention, par une disposition testamentaire, par un jugement ou par l'effet de la loi, ou qu'il n'ait été rendu impossible du fait de l'affectation du bien à un but durable »⁵⁶. Le Code civil ne prévoit aucun mécanisme permettant de retirer le droit d'usage à un copropriétaire contre son gré ; en cas de conflit, l'autre ne peut que provoquer le partage pour mettre fin à l'indivision, si le

53. Charlaïne BOUCHARD et Lucie LAFLAMME, « La dérive de l'indivision vers la société : quand l'indivision se conjugue avec la société (Québec) », (2000) 30 *R.D.U.S.* 317, 321.

54. Art. 1012 à 1037 C.c.Q.

55. Art. 1014 C.c.Q.

56. Art. 1030 C.c.Q.

droit au partage n'a pas été reporté. Le partage de l'indivision, autrement dit la vente de la résidence familiale, est généralement la meilleure solution dans les cas de rupture de conjoints de fait copropriétaires. La principale lacune des règles relatives au partage consiste en l'absence de procédure encadrant les relations des indivisaires pendant l'instance.

Par ailleurs, l'affectation d'un bien à un but durable ne permet pas de soustraire un droit ni même un faisceau de ce droit à son propriétaire⁵⁷. Il s'agit plutôt d'immobiliser le bien, de renoncer à son utilisation dans la poursuite du but visé⁵⁸, soit le logement de la famille dans le meilleur intérêt de celle-ci. Notons que pour affecter un bien à un but durable, le but des indivisaires doit réellement se qualifier de durable.

Les auteurs divergent d'opinion sur la durabilité d'un but poursuivi dans l'intérêt personnel des indivisaires. D'un côté, la professeure Lucie Laflamme, auteure de plusieurs publications sur le sujet, précise que pour le qualifier de durable, le but doit être compromis par le partage. Or la destination de la résidence familiale détenue en indivision serait compromise s'il devenait impossible d'y loger la famille⁵⁹. Encore plus, elle suggère que l'affectation aurait le même effet si un seul des conjoints en détenait la propriété entière, et ce, qu'ils soient mariés ou non⁶⁰. Cette allégation nous semble excéder les limites posées par le *Code civil du Québec* quant aux affectations. D'un autre côté, M^e Brigitte Roy considère tout simplement l'affectation d'un bien à des fins personnelles comme impossible. Effectivement, pour être durable, l'affectation se doit d'être réelle⁶¹. La question de la nécessité de l'indivision en l'occurrence ne se poserait même pas.

Cependant, même si une telle affectation était entérinée par un tribunal, ce qui est incertain, elle ne permettrait pas à ce dernier d'octroyer la possession exclusive de la résidence à l'un des con-

57. Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 164.

58. *Ibid.*, p. 154.

59. Alain ROY, *La charte de vie commune ou L'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 26.

60. Lucie LAFLAMME, « L'indivision de la résidence familiale : diviser pour mieux régner », dans S.F.C.B.Q., vol. 194, *Développements récents en droit familial (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 221.

61. Brigitte ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois », (2001) 103 R. du N. 383, 411 et 412.

joint. Effectivement, le report du partage ne crée pas de brèche dans les droits du copropriétaire qui les détient toujours comme s'il était unique propriétaire⁶². Certains infèrent de la disposition selon laquelle « [c]elui qui a l'usage et la jouissance exclusive du bien est redevable d'une indemnité »⁶³ un pouvoir du tribunal à imposer une telle exclusivité. Cet argument contrevient toutefois au premier alinéa du même article, lequel restreint la liberté de l'indivisaire de se servir du bien de façon à ce qu'il ne porte pas atteinte aux droits des autres indivisaires. Interdire l'accès et l'usage d'un bien à son propriétaire contre son gré ne peut que brimer ses droits. De plus, le Code ne prévoit aucun mécanisme par lequel un juge pourrait imposer cette formule pour régler un conflit entre les indivisaires. Autrement dit, l'usage exclusif ne peut être attribué à un seul indivisaire que du commun accord des indivisaires, soit qu'il s'agisse d'une pratique qu'ils ont établie entre eux, soit qu'ils en ont décidé ainsi dans la convention d'indivision. Le recours en expulsion d'un copropriétaire n'est donc pas fondé en droit et est inapproprié pour octroyer l'usage exclusif de la résidence familiale à l'un des conjoints de fait⁶⁴. Soulignons néanmoins que le juge Louis-Philippe Galipeau, siégeant à la Cour supérieure, a déjà mentionné en *obiter* qu'un recours en expulsion du copropriétaire pourrait être pris dans le cadre d'une action en partage, mais non dans celui d'une demande en garde d'enfant⁶⁵. Toutefois, aucune disposition législative ne le permet explicitement.

Rappelons que les articles portant sur le mariage offrent un éventail de solutions relatives à la protection de la résidence familiale, que les époux soient copropriétaires de l'immeuble ou non. Ces règles demeurent réservées aux conjoints mariés et ne peuvent être invoquées par un conjoint de fait.

En conclusion, dans l'état actuel des choses, le droit de la copropriété par indivision tel qu'édicté au *Code civil du Québec* ne peut fonder l'expulsion d'un conjoint de fait copropriétaire de la résidence familiale pour permettre au conjoint ayant la garde des enfants d'en obtenir l'usage exclusif. Malgré l'absence de fondement légal clair, certains juges acceptent tout de même d'attribuer un

62. Art. 1016, al. 1 C.c.Q. ; voir Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, coll. « Manuel de l'étudiant », Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 135.

63. Art. 1016, al. 2 C.c.Q.

64. *Fortin c. Lapointe*, [1986] R.D.I. 308 (C.A.) ; *St-Louis c. Brault*, [1996] R.D.I. 571 (C.S.) ; *Tervil c. François*, [2000] R.D.I. 94 (C.S.).

65. *Droit de la famille – 409*, [1987] R.D.F. 439 (C.S.).

droit d'usage temporaire au conjoint de fait dans certaines circonstances⁶⁶.

De façon générale, il faut distinguer deux types de situations. D'abord, un droit d'usage temporaire peut être accordé pour la durée de l'instance ou en attendant la vente de l'immeuble, voire jusqu'à la fin de l'année scolaire pour éviter de déstabiliser inutilement la vie de l'enfant. D'un autre côté, un droit d'usage de plus longue durée peut être attribué, généralement en fonction de l'âge et du développement de l'enfant ou de la période pendant laquelle un parent a obtenu la garde. Nous verrons que les tribunaux réservent actuellement cette dernière situation aux conjoints mariés.

1.2 La réponse jurisprudentielle à l'absence de dispositions législatives régissant la « résidence familiale » des conjoints de fait

La réponse des tribunaux face aux injustices découlant parfois du manque d'encadrement législatif de la « résidence familiale » des conjoints de fait ne s'est pas fait attendre. Autrefois bien plus divisés sur la question, de plus en plus de juges accordent des droits d'usage exclusif temporaires aux conjoints de fait. Nous aborderons la jurisprudence en deux étapes : d'abord les cas où les conjoints sont copropriétaires de l'immeuble (1.2.1), puis ceux où un seul d'entre eux en est propriétaire (1.2.2). Octroyer un droit d'usage exclusif du bien à l'un des copropriétaires emporte nécessairement la privation de cet attribut du droit de propriété pour l'autre. Lorsque le conjoint bénéficiant de l'ordonnance ne détient aucun droit réel dans l'immeuble, l'atteinte au droit de propriété est encore plus importante. La distinction nous permettra de vérifier si les tribunaux en tiennent compte ou non au moment d'accorder des droits.

1.2.1 Conjoints de fait copropriétaires indivis

La jurisprudence est divisée quant à savoir si un conjoint de fait, copropriétaire indivis de la résidence occupée par la famille,

66. *Droit de la famille* – 3457, [1999] R.D.F. 777 (C.S.) ; *Gagnon c. Routhier*, [2000] R.D.F. 697 (C.S.) ; *Droit de la famille* – 3751, [2000] R.D.F. 745 (C.S.) ; *H.L. c. J.S.*, [2003] R.D.F. 445 (C.S.) ; *B. (M.) c. H. (É.)*, C.S. Trois-Rivières, n° 400-04-004304-022, 24 mai 2002, j. Godin, EYB 2002-124192 ; *L.L. c. G.T.*, [2004] J.Q. n° 8614 (C.S.), par. 49 ; *Droit de la famille* – 071829, 2007 QCCS 3571 ; *Glenisson c. Grenier*, 2009 QCCS 6649.

peut en être expulsé temporairement. De façon générale, lorsqu'une telle atteinte au droit de propriété est permise, elle l'est pour une période restreinte au délai nécessaire à la vente de l'immeuble⁶⁷. Peu de décisions ont permis un droit d'usage de longue durée à l'un des copropriétaires. Dans l'affaire *L.L. c. G.T.*⁶⁸, la Cour supérieure accorde un droit d'usage de trois ans à la conjointe à qui elle attribue la garde des enfants, soit la période pendant laquelle le plus jeune d'entre eux habitera avec elle, à charge d'en payer tous les frais inhérents. Le juge Corriveau ne cite aucune autorité au soutien de sa décision sur ce point.

Lorsqu'un droit d'usage temporaire est accordé, l'intérêt de l'enfant est le motif le plus souvent invoqué, parfois même sans qu'une argumentation ne soit développée pour l'appuyer. D'ailleurs, mentionnons que cet intérêt n'est pas toujours en faveur du maintien dans la résidence familiale. Un enfant de neuf ans atteint d'autisme n'a pas plus avantage à demeurer dans la maison où il a grandi qu'à s'établir dans une autre ville, plus près de sa gardienne et du lieu de travail de sa mère⁶⁹. Pareillement, si l'usage de la résidence expose les enfants à des conflits parentaux de façon continue, il ne sera pas octroyé⁷⁰.

Par ailleurs, une certaine jurisprudence refuse toujours d'accorder un droit d'usage, même temporaire, à un conjoint de fait copropriétaire indivis, au motif qu'il n'est pas visé par les articles 410 et 500 C.c.Q.⁷¹. Un juge a refusé de retenir que l'intérêt de l'enfant l'emporte sur le droit du parent d'user de ses biens, invoquant l'absence de disposition expresse en ce sens⁷². Une contestation de la constitutionnalité de ces dispositions relativement au droit à l'égalité des enfants était nécessaire pour en étendre l'application. Considérant le principe de la retenue judiciaire⁷³, la plupart

67. *Gagnon c. Routhier*, préc., note 66 ; *Droit de la famille – 3751*, préc., note 66 ; *H.L. c. J.S.*, préc., note 66 ; *B. (M.) c. H. (É.)*, préc., note 66 ; *Droit de la famille – 071829*, préc., note 66 ; *Glenisson c. Grenier*, préc., note 66.

68. [2004] J.Q. n° 8614 (C.S.), par. 49.

69. *Droit de la famille – 081740*, 2008 QCCS 3204.

70. *Droit de la famille – 2766*, [1997] R.L. 438 (C.S.).

71. *Droit de la famille – 2493*, [1996] R.D.F. 665 (C.S.) ; *N.L. c. L.B.*, [2004] R.D.F. 550 (C.S.) ; *Sunderland c. Payette*, [2005] R.D.I. 373 (C.S.) ; *Droit de la famille – 102215*, 2010 QCCS 4115.

72. *Droit de la famille – 2766*, préc., note 70, p. 5.

73. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 189.

des décisions ont été tranchées sur d'autres points. Pour éviter de s'y pencher, la Cour supérieure a déjà soulevé le fait que, même si les parties étaient mariées, il n'y aurait pas lieu d'octroyer un droit d'usage à madame dans les circonstances⁷⁴.

Récemment, la Cour supérieure a accueilli une requête en rejet de conclusions, au motif que la demande d'un droit d'habitation et d'un sursis de partage de la résidence de la famille de conjoints de fait n'est pas fondée en droit⁷⁵. Dans cette affaire, le juge souligne que le report du partage de l'immeuble, d'une très grande valeur, entraînerait un lourd fardeau financier pour les parties.

1.2.2 Conjoint de fait unique propriétaire

Comme nous l'avons évoqué dans la section précédente, la possibilité pour un conjoint de fait copropriétaire de la résidence d'en obtenir un droit d'usage exclusif est réelle, bien qu'incertaine. Qu'en est-il du cas où le conjoint ne détient pas de droit sur la propriété ? Dans l'affaire *Droit de la famille – 3457*⁷⁶, le juge Bellavance aborde la question et expose son raisonnement. Soulignant que le droit d'usage permis par l'article 410 C.c.Q. ne s'applique qu'aux conjoints mariés et unis civilement, il considère la législation québécoise sur la filiation et celle sur la propriété privée. Il conclut de cette analyse que la première prime la deuxième, ce qui lui permet d'octroyer un droit d'usage de la résidence familiale à l'enfant du couple, sans égard aux droits du parent propriétaire. Les parents devant tous deux entretenir et protéger leur enfant, il aurait conséquemment le droit de bénéficier du logement adéquat dont dispose son père ou sa mère. L'argument a été repris dans l'affaire *Droit de la famille – 3751*⁷⁷ l'année suivante, qui a elle-même été mentionnée à quelques reprises⁷⁸ depuis, mais il demeure marginal.

Récemment, la Cour d'appel a dû déterminer si une mère, ayant la garde de son enfant mineur, pouvait jouir d'un droit d'usage temporaire de la résidence familiale dont elle n'était pourtant pas

74. *N.L. c. L.B.*, préc., note 71, par. 32.

75. *P.M. c. A.G.*, 2010 QCCS 246.

76. [1999] R.D.F. 777 (C.S.).

77. Préc., note 66.

78. *Angers c. Gagnon*, [2003] R.J.Q. 924 (C.S.) ; *J.D. c. P.A.*, [2004] J.Q. n° 9217 (C.S.) ; *Droit de la famille – 06928*, 2006 QCCS 7354 ; *Droit de la famille – 111091*, 2011 QCCS 1863.

propriétaire⁷⁹. Pendant 22 ans, les parties avaient vécu en union libre et ont eu quatre enfants. En 2007, le père a quitté la résidence familiale pour s'installer avec une nouvelle conjointe. Quatre ans plus tard, il a demandé à ce que madame en soit expulsée. Le juge de première instance a mentionné que la plus jeune des enfants, la seule encore mineure, a eu le temps de s'adapter au changement de son milieu de vie, puisque son père avait quitté la résidence depuis longtemps. En revanche, de façon à ne pas perturber l'année scolaire de l'enfant mineure, il a accordé un droit d'usage de trois mois et demi et a fixé la date d'expulsion au 31 juillet de la même année⁸⁰. En attendant d'entendre l'affaire, la Cour d'appel a suspendu l'exécution provisoire de ce jugement en ce qui a trait à l'ordonnance de quitter la résidence. Le juge Bouchard a considéré le fait que la mère n'avait pas de revenu alors que le père, en plus d'actifs considérables, avait un revenu annuel de 162 000 \$. Un déménagement ne pouvait que déstabiliser l'enfant qui, vivant dans un milieu aisé depuis sa naissance, subirait une baisse considérable de niveau de vie. Il a souligné que, contrairement à l'avis du juge de première instance⁸¹ et malgré la période écoulée depuis la séparation de ses parents, l'enfant n'avait pu s'adapter au changement de son milieu de vie, puisqu'elle vivait toujours au même endroit ; l'expulsion de la mère, et par conséquent de son enfant, n'était pas souhaitable. L'appelante, qui contestait la validité constitutionnelle de l'article 410 C.c.Q., a suspendu sa demande sur ce point en attendant la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Éric et Lola*⁸². La Cour d'appel, dans son analyse, réaffirmait que le droit d'usage qui peut être attribué au parent gardien non marié n'est que temporaire et limité à la durée de l'instance, uniquement dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi, elle réitérait le caractère transitoire de la mesure sans en limiter la durée potentielle⁸³. Quelques mois plus tard, la même cour a déterminé que le tribunal de première instance n'avait commis aucune erreur en refusant d'accorder un droit d'usage à la mère ayant la garde des enfants, malgré le fait que cette dernière n'avait pas de revenus⁸⁴.

Relevons le fait que les circonstances étaient très particulières dans chacune des décisions où un droit d'usage exclusif a été

79. *Droit de la famille* – 111682, 2011 QCCA 1153.

80. *Droit de la famille* – 111091, préc., note 78.

81. *Ibid.*, par. 18.

82. *A c. B*, 2010 QCCA 1978.

83. Préc., note 79, par. 14.

84. *Droit de la famille* – 113973, 2011 QCCA 2320.

octroyé au conjoint de fait non propriétaire de la résidence. De façon générale, nous croyons qu'il est possible d'inférer de cette jurisprudence qu'il est plus facile pour un conjoint de fait d'obtenir ce type d'ordonnance lorsqu'il est copropriétaire de l'immeuble.

Pour résumer, une majorité de la jurisprudence a permis un droit d'usage exclusif généralement très court, soit en attendant la vente de la résidence, soit pour permettre à l'enfant de terminer son année scolaire. À ce jour, peu de droits d'usage de plus longue durée ont été attribués à un conjoint de fait. Toutefois, la Cour suprême ayant confirmé la validité constitutionnelle de l'exclusion des conjoints de fait des dispositions du *Code civil du Québec* applicables aux conjoints mariés, il convient de s'interroger quant à la portée de cette décision. Il est possible que les tribunaux se sentiront liés par ce rejet en bloc des revendications des conjoints de fait et qu'ils cesseront alors de leur attribuer des droits d'usage exclusifs. À l'opposé, ils auront peut-être plutôt tendance à mettre davantage l'accent sur les droits et l'intérêt des enfants, de façon à justifier leur position. Aucun jugement portant sur le sujet n'ayant été rendu jusqu'à maintenant, nous tenterons de démontrer que la seconde solution devrait être retenue.

1.3 L'intérêt de l'enfant peut-il fonder l'attribution d'un droit d'usage exclusif à l'un des parents conjoints de fait ?

Le raisonnement de la Cour supérieure dans l'affaire *Droit de la famille – 3457*⁸⁵, concluant que les obligations parentales d'entretenir et de protéger un enfant incluent l'utilisation d'un logement adéquat, est intéressant. À l'appui de cette affirmation, ajoutons que le droit de l'enfant à la protection de ses parents est conféré non seulement par le Code civil, mais également par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸⁶. Le droit à la jouissance paisible de ses biens est également garanti par cette charte, mais dans une moindre mesure, puisqu'il peut être limité par l'effet de la loi⁸⁷. Nous croyons que le devoir d'entretenir son enfant est un frein légal à la liberté parentale ; l'intérêt de l'enfant s'oppose au droit de son parent et ce critère prime le droit de ce dernier⁸⁸. Qui plus est, nous soutenons

85. Préc., note 66.

86. RLRQ, c. C-12, art. 39.

87. Art. 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

88. J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 17, p. 849, n° 520.

que l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice des dispositions concernant la protection de la résidence familiale est une atteinte au droit à l'égalité des enfants non justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Sans vouloir nous livrer à une analyse détaillée qui déborderait du cadre de cette étude, nous aimerions esquisser l'argumentation qui pourrait être développée en ce sens. Les étapes de l'analyse nous sont fournies par l'affaire *Withler c. Canada (Procureur général)*⁸⁹ : premièrement, la loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou un motif analogue ? Notons que les motifs énumérés sont les suivants : discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Deuxièmement, cette distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes ? En réponse à la première question, soulignons que la loi crée une distinction fondée sur un motif analogue, soit l'état matrimonial des parents. En réponse à la seconde question, la Cour suprême a elle-même confirmé, dans l'affaire *Éric c. Lola*⁹⁰, que l'exclusion des conjoints de fait du régime légal applicable aux couples mariés et unis civilement constituait un traitement discriminatoire.

Comme nous l'avons vu⁹¹, l'enfant né de parents non mariés ne jouit pas, dans le *Code civil du Québec*, des mêmes protections que celui dont les parents sont mariés ou unis civilement. Il ne peut pas bénéficier de l'attribution d'un droit d'usage exclusif de la résidence familiale au parent ayant obtenu sa garde. La séparation du couple génère parfois une pauvreté et des conflits importants. Or, l'intérêt de l'enfant exige le maintien d'un environnement stable, au moins pendant la période du règlement de la rupture. Dès lors, il nous semble que le second critère est rempli, cette distinction créant un désavantage pour l'enfant né de parents conjoints de fait.

Par ailleurs, la stabilité émotionnelle de l'enfant est un besoin prioritaire qu'il convient de préserver⁹². Bien que cet élément de « l'intérêt supérieur de l'enfant » ait été déterminé dans le cadre de l'interprétation d'une loi néo-brunswickoise⁹³, il est pertinent dans l'analyse

89. [2011] 1 R.C.S. 396.

90. Préc., note 12.

91. *Supra*, sections 1.1 et 1.2.

92. *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, par. 51.

93. *Loi sur les services à la famille*, 1983, ch. 16, art. 1.

de l'intérêt de l'enfant en droit québécois. À cet effet, même la *Convention relative aux droits de l'enfant*, ratifiée par le Canada le 13 décembre 1991, exige que « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, [...] l'intérêt supérieur de l'enfant [soit] une considération primordiale »⁹⁴. Conséquemment, sachant que les circonstances entourant une séparation suffisent souvent à perturber l'enfant⁹⁵, l'attribution d'un droit d'usage de la résidence familiale au parent gardien non propriétaire peut se faire dans le but de favoriser sa stabilité émotionnelle.

Enfin, la théorie de la similarité fonctionnelle nous semble applicable dans le présent contexte. En ce sens, dans l'affaire *Peter c. Beblow*⁹⁶, la Cour suprême assimilait l'union de fait des parties, qui aura duré 12 ans, à une relation quasi matrimoniale. Argument central dans l'arrêt *Miron*⁹⁷, la théorie de la similarité fonctionnelle a été délaissée au profit du libre choix. Bien que la Cour suprême en rejette la pertinence dans l'arrêt *Walsh*⁹⁸, la juge L'Heureux-Dubé, dans sa dissidence, s'y appuie fortement. Il subsiste peu de différences concrètes entre un couple marié et un couple vivant en union de fait. En effet, dans tous ces couples, il est possible de retrouver une relation d'interdépendance sociale, économique et émotionnelle⁹⁹. Les conséquences de la désunion seront de ce fait similaires. La principale distinction découle de l'état matrimonial des conjoints, et ce sont leurs enfants qui en subissent les contrecoups. En effet, la charge d'enfants, particulièrement pour les femmes, est un facteur de pauvreté sans égard au statut matrimonial du parent avant l'arrivée de cette situation¹⁰⁰.

En théorie, les tables de fixation de la contribution alimentaire de base devraient couvrir tous les besoins essentiels de l'enfant,

94. Art. 3(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, Nations Unies, U.N. Doc. A/44/49 (20 novembre 1989), en ligne : <<http://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>>.

95. AGENCE DE LA SANTÉ PUBLIQUE DU CANADA, *Parce que la vie continue... Aider les enfants et les adolescents à vivre la séparation et le divorce – Section 3*, novembre 2004, en ligne : <<http://www.phac-aspc.gc.ca/publicat/mh-sm/divorce/toc-fra.php>> (la page est archivée, mais accessible).

96. Préc., note 9.

97. *Miron c. Trudel*, préc., note 7.

98. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, préc., note 10.

99. *Ibid.*, p. 393 et 394, n° 134 (j. L'Heureux-Dubé, motifs min.).

100. Dominique GOUBAU, Ghislain OTIS et David ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux » », (2003) 44 *C. de D.* 3, par. 82.

incluant le logement¹⁰¹. En pratique, les enfants dont les parents étaient mariés ou unis civilement sont moins touchés par les effets d'une séparation¹⁰². Le parent gardien peut dans ce cas demander un droit d'usage de la résidence familiale pour loger l'enfant, il a droit au partage du patrimoine familial et il peut éventuellement obtenir une pension alimentaire pour son propre bénéficiaire. Le parent ayant vécu en union de fait dans la même situation ne peut prétendre à aucune de ces protections, peut-être à l'exception d'un droit d'usage temporaire. De plus, il semble que le maintien du niveau de vie dans lequel l'enfant a grandi ne puisse être un motif de dérogation aux tables de fixation de la contribution alimentaire de base, malgré le caractère non limitatif de l'article 587.2 C.c.Q.¹⁰³. La différence est particulièrement marquante en cas de garde partagée, l'enfant pouvant être amené à vivre dans des conditions très variables selon le parent chez qui il se trouve. Ces conditions ne sont certainement pas propices à la stabilité de l'enfant. Par ailleurs, malgré que l'absence de protection financière de la cellule familiale ne puisse être la seule cause de l'appauvrissement des familles monoparentales, elle y contribue assurément¹⁰⁴.

En conclusion, nous croyons que l'intérêt supérieur de l'enfant peut justifier l'octroi d'un droit d'usage au parent conjoint de fait qui en a la garde. Les parents ont l'obligation d'entretenir et de protéger leur enfant. Lui fournir un logement adéquat nous semble couvrir ces deux devoirs. Les tables de fixation de la contribution alimentaire de base, laquelle est due à l'enfant, ne permettent pas toujours de subvenir convenablement au besoin de logement de ce dernier. Enfin, le droit à l'égalité des enfants sanctionné par la *Charte canadienne des droits et libertés* doit ouvrir la voie à l'attribution d'un droit d'usage de la résidence appartenant à l'un de ses parents, au même titre que l'enfant né dans les liens du mariage.

101. Claudia P. PRÉMONT et Michèle BERNIER, « Un engagement distinct qui engendre des conséquences distinctes », dans S.F.C.B.Q., vol. 140, *Développements récents sur l'union de fait (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1, à la p. 21.

102. Jocelyn VERDON et Mireille PÉLISSIER-SIMARD, « Le maintien ou non du niveau de vie des enfants », dans S.F.C.B.Q., vol. 286, *Les barèmes fixant les pensions alimentaires pour enfants : dixième anniversaire (2008)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 51, à la p. 60.

103. Marie-Christine KIROUACK, « La fixation des pensions et les difficultés pléthoriques : jusqu'où doit aller l'excès ? », dans S.F.C.B.Q., vol. 286, *Les barèmes fixant les pensions alimentaires pour enfants : dixième anniversaire (2008)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 101, à la p. 224.

104. L. LANGEVIN, préc., note 28, n° 23.

1.4 Nature et portée du droit d'usage de la résidence familiale

Pour compléter notre analyse du droit québécois, il convient de s'interroger sur la nature et la portée du droit d'usage dont il a été question dans les sections précédentes. Lorsqu'il est attribué à un époux en application des dispositions relatives à la résidence familiale, il s'agit d'un droit réel et le jugement équivaut à titre¹⁰⁵. Ce droit peut être inscrit au registre foncier pour le rendre opposable aux tiers¹⁰⁶. Qu'en est-il du droit d'usage accordé au conjoint de fait ?

Le copropriétaire qui se voit octroyer un droit d'usage n'obtient qu'un droit personnel, car il possède déjà tous les attributs de la propriété, son droit n'étant limité que par une modalité de celle-ci¹⁰⁷. D'ailleurs, nous voyons mal un copropriétaire tenter de vendre sa quote-part de l'immeuble. Qui l'acquerrait ? Aucune publicité supplémentaire ne semble donc nécessaire pour faire respecter l'ordonnance par les tiers. La situation est bien différente lorsque le conjoint qui obtient le droit d'usage ne détient aucun droit de propriété sur l'immeuble. Quels effets aurait la vente de l'immeuble par le conjoint propriétaire avant l'expiration du droit d'usage de son ancien conjoint ?

Un droit réel d'usage peut être créé par voie judiciaire, mais uniquement dans les cas prévus par la loi¹⁰⁸. Par conséquent, seul le droit attribué au conjoint marié ou uni civilement peut être qualifié de réel ; celui dont jouit le conjoint de fait non propriétaire n'est que personnel. Étant un droit personnel, il n'est pas admissible à la publicité¹⁰⁹. Pour cette même raison, la demande en justice ne peut être préinscrite contre l'immeuble¹¹⁰. En effet, pour que la prescription soit admise, il faut que l'issue du litige puisse éventuellement toucher les droits des tiers inscrits subséquemment¹¹¹. Or,

105. Art. 413 C.c.Q.

106. Art. 2941, al. 1 C.c.Q. ; à ce sujet, voir Sophie LABERGE, « Commentaire sur l'article 413 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec* (DCQ), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, *La référence*, EYB2011DCQ690.

107. L. LAFLAMME, préc., note 60, p. 229.

108. Art. 1121 et 1176, al. 2 C.c.Q. ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, par. 502.

109. Art. 2938, al. 3 C.c.Q.

110. Art. 2966 C.c.Q.

111. *Immeubles W. Collin inc. c. 9068-8128 Québec inc. (Habitations Landry et Pépin)*, B.E. 2006BE-232 (C.S.), par. 8-9 ; Michel TÉTRAULT, « De choses et (à suivre...)

tel n'est pas le cas. Le juge Pierre C. Fournier, de la Cour supérieure, semblait avoir anticipé la difficulté. Alors qu'il attribuait un droit d'habitation exclusif de la résidence familiale à la mère pour une courte durée de quelques semaines, il a ordonné au père, dans l'éventualité d'une vente de l'immeuble, de ne pas en autoriser la prise de possession avant la date prévue¹¹². Il s'agit là, de notre point de vue, d'une reconnaissance que le droit d'usage n'est pas opposable aux tiers.

En l'absence d'une disposition qualifiant de réel le droit d'usage découlant d'une ordonnance judiciaire, le conjoint de fait non propriétaire ne possède aucun moyen d'imposer son droit aux tiers. Tout au plus, le conjoint procédant à la vente de l'immeuble à ce moment s'expose-t-il à une condamnation pour outrage au tribunal ou au versement de dommages-intérêts au conjoint bénéficiant du droit d'usage. Signalons que la procédure d'outrage au tribunal se veut exceptionnelle dans le cadre des conflits familiaux¹¹³. Le jugement octroyant un droit d'usage à un conjoint de fait dans ce contexte ne créant pas de limitation au droit de propriété, le conjoint devra quitter les lieux après la vente, quelle que soit la durée du droit. C'est là une faiblesse importante du droit d'usage accordé par les tribunaux aux conjoints de fait.

1.5 Synthèse

Dans cette première partie, nous avons fait état des dispositions du *Code civil du Québec* relatives à la résidence familiale, lesquelles ne visent que les époux. Puis, nous avons abordé celles régissant le droit de l'indivision et souligné l'impossibilité d'expulser un copropriétaire en faveur d'un autre, malgré une lueur d'espoir découlant de la notion d'affectation de la résidence à un but durable. Ensuite, nous avons vu deux courants jurisprudentiels opposés, l'un admettant un droit d'usage exclusif, l'autre le refusant à défaut de motivation législative. L'intérêt de l'enfant nous semble un motif valable pour justifier l'attribution temporaire d'un droit d'usage exclusif de la résidence familiale au parent qui en a la garde. Tel qu'il a été énoncé précédemment, les obligations parentales d'entretenir

(...suite)

d'autres en droit de la famille – La revue annuelle de la jurisprudence 2005-2006 », dans S.F.C.B.Q., vol. 250, *Développements récents en droit familial (2006)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 227.

112. *T.H. c. A.P.*, [2002] AZ-50145332, 2002 CanLII 21089 (C.S.), par. 16.

113. M. TÉTRAULT, préc., note 111, p. 232.

et de protéger leur enfant doivent prévaloir sur les libertés parentales. En revanche, un encadrement législatif nous paraît indispensable pour lever toute ambiguïté. Les conjoints de fait devraient pouvoir obtenir une ordonnance d'usage exclusif dès lors que les circonstances le justifient, sans se voir refuser ce droit sur la base d'une lacune au Code civil. Finalement, il est essentiel qu'une disposition législative qualifie ce droit de réel de façon à le rendre opposable aux tiers en l'admettant à la publicité. Ce changement permettrait d'éviter que le propriétaire se défile de son obligation en vendant purement et simplement son immeuble. Le conjoint de fait qui se voit attribuer un droit d'usage exclusif devrait aussi être outillé pour le faire respecter.

Dans la prochaine partie, nous étudierons la législation et certains recours de droit commun des autres provinces et territoires canadiens. Le législateur québécois étudiant actuellement l'opportunité de revoir le droit gouvernant les relations entre conjoints de fait, il est pertinent de vérifier ce qui se fait chez nos voisins. Qui sait si des solutions intéressantes ne s'y cacheraient pas ?

2. LES PROTECTIONS LÉGALES OFFERTES AUX CONJOINTS DE FAIT DANS LES AUTRES PROVINCES ET TERRITOIRES : DES PISTES DE SOLUTION POUR LE QUÉBEC ?

Les provinces et territoires de common law détiennent un important corpus législatif et jurisprudentiel relatif aux droits et obligations des conjoints de fait. Afin de déterminer s'il est pertinent pour le législateur québécois de s'en inspirer, nous proposons de répertorier les solutions retenues. La législation étant la principale source du droit familial¹¹⁴, elle sera abordée en premier lieu. Pour une meilleure compréhension, une synthèse de la législation pancanadienne est présentée, en annexe, sous forme de tableau.

2.1 Une étude de la législation

En common law, le droit législatif ne modifie le droit jurisprudentiel que si le texte de loi le prévoit expressément¹¹⁵. Les disposi-

114. Julien D. PAYNE et Marilyn A. PAYNE, *Canadian Family Law*, 4^e éd., Toronto, Irwin Law, 2011, p. 7.

115. Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 2008, p. 70.

tions relatives au droit de la famille sont donc nombreuses et relativement complètes. Nous étudierons les différentes mesures mises de l'avant dans cette législation, qui tantôt assimile les conjoints de fait aux conjoints mariés afin de leur attribuer les mêmes protections, tantôt crée un régime juridique distinct en leur faveur, tout en recherchant, d'une part, un certain équilibre entre le besoin de protection des conjoints de fait et de leurs enfants et, d'autre part, le respect du choix qu'ils ont fait de ne pas se marier.

2.1.1 L'assujettissement des conjoints de fait aux règles matrimoniales statutaires à la suite d'une cohabitation de durée fixe

La plus large protection des conjoints de fait se trouve en Saskatchewan¹¹⁶, dans les Territoires du Nord-Ouest ainsi qu'au Nunavut. Dès que le couple a cohabité dans une relation conjugale pendant une période continue de deux ans, toutes les règles matrimoniales législatives lui sont applicables. On n'y distingue plus les conjoints mariés de ceux qui ne le sont pas. Les conjoints de fait bénéficient alors tous deux d'un droit de possession de la résidence familiale. Si un seul en est propriétaire, le droit de l'autre est personnel¹¹⁷.

Tant dans les Territoires du Nord-Ouest qu'au Nunavut, les conjoints de fait vivant dans une union conjugale d'une certaine permanence se voient octroyer les mêmes droits s'ils sont ensemble les parents naturels ou adoptifs d'un enfant¹¹⁸. Nous y voyons un renforcement de la préservation de l'intérêt de l'enfant : ce dernier peut bénéficier de toutes les mesures de soutien offertes par la loi, que ses parents soient mariés ou non. En Saskatchewan, aucune protection similaire n'est octroyée à un conjoint de fait ayant vécu dans ce type d'union pendant moins de deux ans, même si un enfant est né de cette relation. L'uniformisation de l'encadrement législatif des couples y étant limitée à ceux qui ont cohabité pendant plus de deux ans, le bien-être des enfants ne peut être systématiquement assuré. De plus, en Saskatchewan, il est possible pour tous les conjoints, mariés ou en union de fait, de se retirer du régime matri-

116. *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, ch. F-6.3, art. 2(1) « conjoint ».

117. *Ibid.*, art. 4 ; *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, art. 51 et *Loi sur le droit de la famille* L.T.N.-O. (Nu.) 1997, ch. 18, art. 51.

118. *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. et *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu.), préc., note 117, art. 1(1) « conjoint ».

monial légal par contrat familial. Le Tribunal doit respecter cet engagement, sauf s'il estime qu'au moment de sa conclusion, le contrat familial était exorbitant ou créait une injustice flagrante¹¹⁹. Au Nunavut et dans les Territoires du Nord-Ouest, le couple peut également moduler les obligations légales qui lui sont imposées en concluant un accord de cohabitation¹²⁰. Un tribunal pourra toutefois le mettre de côté en partie ou en totalité si l'un des conjoints n'en a pas compris la nature ou les conséquences ou pour tout autre motif découlant du droit des contrats¹²¹.

À notre avis, assujettir automatiquement tous les conjoints de fait aux obligations imposées aux époux, sans aucune nuance, serait préjudiciable à la liberté de choix des individus. Toutefois, permettre aux couples d'écarter contractuellement ces dispositions est susceptible de porter atteinte à l'intérêt de l'enfant. Les tribunaux devraient, selon nous, avoir le pouvoir de réviser l'accord de cohabitation lorsque les besoins des enfants du couple ne sont pas remplis, et ce, qu'ils soient biologiques, adoptés ou même que l'adulte n'agisse qu'en lieu et place d'un parent envers eux (*in loco parentis*).

L'assujettissement des conjoints de fait à l'ensemble des règles matrimoniales législatives à la suite d'une cohabitation conjugale d'une durée fixe nous semble être une atteinte injustifiable à la liberté de choix des conjoints. Bien que permis, le retrait conventionnel exige le consentement éclairé des deux conjoints. Cette formule nous paraît nier l'autonomie de la volonté d'adultes aptes à s'engager ou non, et ce, dans un but d'économie financière étatique. Les époux font le choix exprès d'adhérer aux droits et obligations découlant du mariage alors que les conjoints de fait y sont assujettis sans aucune formalité. Si l'un des conjoints refuse de se marier parce qu'il ne veut pas s'engager dans une relation, comme il en a le droit, il en subira quand même les effets. Il serait intéressant de savoir dans quelle proportion les conjoints de fait connaissent la portée de ces obligations, aucune donnée n'étant disponible à ce sujet.

119. *Loi sur les biens familiaux*, préc., note 116, art. 24 et 38.

120. *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. et *Loi sur le droit de la famille* L.T.N.-O. (Nu.), préc., note 117, art. 4.

121. *Ibid.*, art. 8(4).

2.1.2 La législation permettant la possession exclusive du foyer familial

De façon plus générale, la plupart des provinces de common law assimilent les conjoints de fait à des époux pour certains aspects de la législation matrimoniale. Ainsi, la possession exclusive du foyer familial peut être attribuée à l'un des conjoints pour une période intérimaire et même viagère à certains endroits, souvent en règlement de l'obligation alimentaire.

Le tribunal est habilité à octroyer la possession exclusive du foyer familial de façon viagère en Saskatchewan¹²², où le droit en découlant peut être enregistré au *Réseau d'enregistrement des titres fonciers*. La Nouvelle-Écosse permet également l'attribution d'un tel droit viager, mais réserve cette mesure aux conjoints de fait ayant procédé à l'enregistrement de leur relation auprès de l'État¹²³.

Cette mesure peut être critiquée en raison de ses conséquences importantes sur les droits du conjoint propriétaire. La reconnaissance des accords permettant de se retirer du régime légal prend ici toute son importance¹²⁴. Nous ne croyons pas qu'un droit d'habitation viager de la résidence familiale soit nécessaire au nom de l'intérêt des enfants. Ces derniers grandissent et quittent le foyer familial. Dans le cas d'enfants qui requerront un niveau de soin constant toute leur vie, un lieu d'habitation alternatif pourra aussi convenir.

Dans l'affaire *Poitras v. Poitras*¹²⁵, la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan a résumé les principes devant guider le tribunal dans sa décision d'octroyer un droit d'usage exclusif du foyer familial. Elle a notamment affirmé que les conjoints détiennent un droit égal à la possession exclusive intérimaire, que l'attribution peut être temporaire ou finale, que la cour a la discrétion requise pour accorder le droit ou non à l'un ou l'autre des conjoints sans égard à celui qui a déposé la demande, et qu'elle a le pouvoir d'ajouter toute condition qu'elle juge à propos dans son ordonnance. Le tribunal doit également considérer les besoins des enfants, la possibilité pour le conjoint de se loger autrement et la situation financière des

122. *Loi sur les biens familiaux*, préc., note 116, art. 5(2)b).

123. *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, s. 1, art. 11(a) et (c).

124. *Supra*, section 2.1.1.

125. 2009 SKQB 196, par. 30.

parties¹²⁶. Ces critères larges invitent au règlement des conflits en fonction des circonstances.

La législation permettant la possession exclusive du foyer familial de façon viagère nous semble excessive. S'il ne peut être justifié par l'intérêt des enfants, un tel droit ne devrait pas être permis. Dépouiller un propriétaire de l'utilité de son bien pour une durée aussi longue lui impose un fardeau financier injustifiable. Il nous semble plus pertinent de procéder directement par l'attribution d'un droit de propriété accompagné, si nécessaire, de l'octroi d'une pension alimentaire révisable en cas de changement. Le besoin d'habitation est ainsi comblé sans que le créancier ne doive assumer des responsabilités supplémentaires à titre de propriétaire du logement dont il n'aura potentiellement l'usage qu'au décès de son ex-conjoint. Néanmoins, nous n'avons relevé aucune décision octroyant à l'un des conjoints un droit de possession exclusif viager du foyer familial. Peut-être ce pouvoir a-t-il été intégré à la loi non pas pour en faire un droit effectif, mais pour assurer la discrétion du juge en la matière ?

Une ordonnance temporaire d'occupation ou d'usage exclusif peut être émise dans la majorité des provinces et territoires¹²⁷. Seule la Nouvelle-Écosse exige l'enregistrement préalable de la relation pour donner ouverture à ce droit. Depuis que la Cour suprême du Canada a tranché que les dispositions de la *Matrimonial Property Act* réservées aux conjoints mariés ne sont pas discriminatoires envers les conjoints de fait¹²⁸, les quelques juges de cette province qui ont attribué un droit d'usage à ces derniers ont été rappelés à l'ordre : une telle attribution n'est pas fondée en droit¹²⁹. Nous reviendrons sur l'enregistrement d'une relation conjugale et ses principaux effets dans la prochaine section.

Dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador, au même titre que les époux, les partenaires se doivent un soutien mutuel. Sont qualifiés de partenaires les conjoints ayant cohabité dans une rela-

126. *Loi sur les biens familiaux*, préc., note 116, art. 7.

127. *Matrimonial Property Act*, préc., note 123, art. 11(1)(a) et (c) ; *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M., ch. F20, art. 10(1)b.2) ; *Loi sur les biens familiaux*, préc., note 116, art. 5(2)b) et 6(1) ; *Family Law Act*, S.A. 2003, ch. F-4.5, art. 68 ; *Family Law Act*, S.B.C. 2011, ch. 25, art. 90 ; *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O., préc., note 117, art. 55(1)b) et (2) ; et *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu.), préc., note 117, art. 55(1)b) et (2).

128. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, préc., note 98.

129. *R. v. MacLean*, 2002 NSSC 283.

tion conjugale pour une période minimale de deux ans, réduite à un an s'ils sont les parents d'un même enfant, biologique ou adopté¹³⁰. Dans le cadre de l'ordonnance alimentaire, le tribunal peut octroyer à un partenaire la possession exclusive d'une résidence appartenant à l'autre partenaire. Pour ce faire, il doit être démontré qu'un autre logement serait inadéquat ou qu'il est dans le meilleur intérêt de l'enfant de procéder ainsi¹³¹. Dans ce contexte, la loi ne réfère pas à la résidence matrimoniale, laquelle ne peut être détenue que par des époux. Toute habitation sur laquelle l'un des conjoints détient des droits peut ici se qualifier. Conséquemment, la cour dispose de plus de flexibilité afin de pourvoir au besoin de logement de l'enfant. Aussi, la diminution de la durée minimale requise pour que les conjoints en situation de parentage bénéficient de cette protection permet un meilleur soutien des besoins de l'enfant en cas de rupture.

Dans le même sens, au Manitoba, un droit d'occupation de la résidence familiale peut être accordé à un conjoint de fait. Ce statut est reconnu aux conjoints ayant enregistré leur union ainsi qu'à ceux qui vivent dans une relation maritale depuis au moins trois ans ou un an s'ils sont les parents d'un même enfant¹³². De plus, pour toute ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur l'obligation alimentaire*, « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale du tribunal »¹³³.

La Colombie-Britannique considère les conjoints qui ont vécu dans une relation de type maritale pour une période continue d'au moins deux ans comme des époux au sens du *Family Law Act*¹³⁴, lequel est entré en vigueur en mars 2013. L'occupation exclusive de la résidence ordinairement habitée par les parties peut être octroyée à l'un des conjoints de manière intérimaire, qu'ils en soient copropriétaires ou non¹³⁵. De nouveau, le principe devant guider le tribunal est le meilleur intérêt des enfants¹³⁶. Généralement, les parents d'un enfant qui cohabitent depuis moins de deux ans se qualifient à titre d'époux au sens du *Family Law Act*. Ils en sont exclus uniquement pour les sections portant sur la division de propriété et la divi-

130. *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-2, art. 35(c).

131. *Ibid.*, art. 40(1)d).

132. *Loi sur l'obligation alimentaire*, préc., note 127, art. 1a) et b).

133. *Ibid.*, art. 2(1).

134. Préc., note 127, art. 3(1)(b).

135. *Ibid.*, art. 90.

136. *Bateman v. Bateman*, 2013 BCSC 2026, par. 45.

sion de la pension. Or, l'attribution d'un droit d'occupation exclusif découle spécifiquement de la section portant sur la division de propriété. Ce droit ne peut donc pas être octroyé à un conjoint de fait.

Suivant une approche tout à fait différente, l'Alberta a rejeté la notion de conjoint de droit commun pour créer législativement un nouvel état civil, soit le partenaire interdépendant. La relation d'interdépendance se caractérise par le fait de partager sa vie avec l'autre, par la présence d'un engagement émotionnel et par la constitution d'une unité économique et domestique¹³⁷. Sa principale particularité consiste en l'exclusion de la notion de conjugalité. Même des personnes liées par le sang peuvent devenir des partenaires interdépendants en vertu de cette loi, s'ils contractent une entente en ce sens, au moyen de la formule prescrite¹³⁸. Pour les autres, il suffit de vivre dans une relation d'interdépendance pour une période d'au moins trois ans ou d'une certaine permanence en présence d'un enfant commun, par naissance ou adoption. Le premier critère implique nécessairement la cohabitation dans une même résidence pendant la période minimale visée, à défaut de quoi la demande sera rejetée¹³⁹. Les partenaires interdépendants se doivent un soutien mutuel, obligation pouvant être remplie par l'attribution de la possession exclusive du foyer familial¹⁴⁰. Le droit d'obtenir une ordonnance de vente de l'immeuble prévu au *Law of Property Act*¹⁴¹ est limité lorsqu'il vise la résidence familiale. Il sera suspendu tant qu'une ordonnance rendue sous l'article 68 du *Family Law Act* est en vigueur, c'est-à-dire pour la durée de l'attribution de la possession exclusive de cette même résidence¹⁴². À notre avis, cette dernière mesure, associée au critère de cohabitation interdépendante d'une certaine permanence en présence d'un enfant commun, favorise la protection de l'intérêt de l'enfant. La cour détient le pouvoir d'octroyer un droit d'usage de la résidence et de le faire respecter.

Nous n'avons pas répertorié un grand nombre de décisions portant sur l'attribution d'un droit d'usage exclusif de la résidence familiale dans la jurisprudence canadienne de common law. Cela

137. *Adult Interdependent Relationships Act*, S.A. 2002, ch. A-4.5, art. 1(1)(f).

138. *Ibid.*, art. 3(2) ; les ententes de partenaires interdépendants (*adult interdependent partner agreements*) sont visées à l'article 7.

139. *Howard v. Sandau*, 2008 ABQB 34, par. 80-82 ; *Henschel Estate*, 2008 ABQB 406, par. 31.

140. *Family Law Act*, préc., note 127, art. 56 et 68.

141. R.S.A. 2000, ch. L-7.

142. *Ibid.*, art. 15(2) et 21.

s'explique par le fait que les conflits matrimoniaux sont souvent réglés hors cour, notamment en raison du coût prohibitif d'accès à la justice. Il y a également la possibilité que peu de décisions aient été publiées. Par ailleurs, nous ne rejetons pas l'hypothèse que l'attribution d'un droit d'usage exclusif de la résidence familiale soit peu favorisée par les conjoints qui, n'ayant pas les moyens de la conserver, doivent la vendre le plus rapidement possible.

2.1.3 L'assujettissement des conjoints de fait aux effets du mariage par l'enregistrement de leur relation

Deux provinces, la Nouvelle-Écosse et le Manitoba, ont opté pour un système d'enregistrement des relations de fait permettant à ceux qui le désirent d'être assujettis aux mêmes règles que les époux sans avoir à se marier. La liberté de choix est ainsi mise de l'avant.

En Nouvelle-Écosse, les conjoints peuvent enregistrer officiellement leur union de fait, alors désignée partenariat domestique. Pour ce faire, les conjoints doivent être majeurs, résider en Nouvelle-Écosse et cohabiter ou en avoir l'intention¹⁴³. Aucun ne doit être marié à une autre personne, même s'il est séparé, ou être partie à une autre relation inscrite. L'enregistrement, pour une cinquantaine de dollars, assimile les partenaires à des époux au sens de certaines lois dont le *Matrimonial Property Act*¹⁴⁴. Dans l'application de cette dernière, le tribunal est habilité à attribuer la possession exclusive de la résidence familiale et de son contenu à l'un des conjoints, pour une durée temporaire ou viagère, sans égard au droit de propriété¹⁴⁵. Quant aux couples vivant en union de fait qui ne se prémunissent pas de cette formalité, ils ne sont nullement visés.

Les Manitobains peuvent, quant à eux, enregistrer leur union de fait par une simple demande au Bureau de l'état civil. Cette formalité assimile automatiquement les conjoints à un couple marié¹⁴⁶. Les parties doivent être majeures, résider dans la province

143. *Vital Statistics Act*, R.S., ch. 494, s. 1, art. 53.

144. *Ibid.*, art. 54.

145. *Matrimonial Property Act*, préc., note 123, art. 11(a) et (c).

146. BUREAU DE L'ÉTAT CIVIL DU MANITOBA, *Enregistrement ou la dissolution d'une union de fait*, en ligne : <http://vitalstats.gov.mb.ca/common_law_fr.html>.

et vivre dans une relation maritale. À cet effet, la *Loi sur les statistiques de l'état civil*¹⁴⁷ n'exige pas de période minimale. Enfin, aucun ne doit déjà être marié ou être partie à une autre union enregistrée.

Nous nous interrogeons sur la connaissance de ces programmes par la population néo-écossaise et manitobaine ainsi que sur leur pertinence. Entre 2002 et 2007, 244 partenariats domestiques ont été enregistrés pour 28 624 mariages célébrés en Nouvelle-Écosse¹⁴⁸ alors que 66 unions de fait l'ont été pour 22 984 mariages au Manitoba entre 2004 et 2007¹⁴⁹. Le nombre de couples se prévalant du mécanisme d'enregistrement des relations conjugales en justifie-t-il seulement le maintien ?

Malgré certaines ressemblances, nous ne croyons pas que l'enregistrement d'une relation soit comparable à l'union civile québécoise. L'intention du législateur québécois au moment d'introduire le concept était d'offrir une forme de mariage aux conjoints de même sexe¹⁵⁰. Soulignons le caractère solennel de l'union civile : les formalités requises sont en réalité identiques à celles du mariage. Par ailleurs, dans la mesure où la procédure légale de l'union civile a été respectée, aucune formalité supplémentaire n'a à être honorée si les conjoints désirent se marier. Les événements emportant la dissolution de l'union civile québécoise sont le décès de l'un des conjoints, un jugement du tribunal ou une déclaration commune notariée en minute¹⁵¹, tandis que le partenariat domestique néo-écossais prend fin par le dépôt du formulaire prescrit, par le fait de vivre séparément pendant plus d'un an ou lorsque l'un des partenaires épouse une autre personne¹⁵². Quant à la relation enregistrée au Manitoba, elle se dissout par déclaration au directeur de l'état civil¹⁵³. Il nous semble donc que l'enregistrement d'une relation n'a pas la même portée que l'union civile.

147. C.P.L.M., ch. V60, art. 13.1(1).

148. SERVICES NOUVELLE ÉCOSSE, *Rapport annuel du Bureau de l'état civil*, en ligne : <<http://www.novascotia.ca/sns/access/vitalstats/annual-reports-fr.asp>>.

149. BUREAU DE L'ÉTAT CIVIL DU MANITOBA, *Rapport annuel du Bureau de l'état civil 2007-2008*, en ligne : <http://vitalstats.gov.mb.ca/pdf/2008_VS_Annual_Report_fr.pdf>.

150. Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Québec, Les presses de l'université Laval, 2005, p. 113.

151. Art. 521.12 et 521.13 C.c.Q.

152. *Vital Statistics Act*, préc., note 143, art. 55(1).

153. *Loi sur les statistiques de l'état civil*, préc., note 147, art. 13(2) LSEC.

2.1.4 La reconnaissance des accords écartant l'application de la loi

Plusieurs provinces de common law permettent aux conjoints assujettis aux lois matrimoniales de s'en retirer ou de moduler leurs obligations par une entente écrite. Bien que le couple bénéficie dans ces cas d'une certaine souplesse, le contenu des accords est limité par la législation provinciale pour des raisons d'ordre public.

Les partenaires interdépendants albertains¹⁵⁴ se doivent un soutien mutuel, mais ils peuvent signer une entente afin de se libérer de cette obligation¹⁵⁵. Le tribunal devra respecter l'engagement, sauf s'il est inéquitable et que l'une des circonstances suivantes est présente : le partenaire qui conteste l'entente n'a pas reçu de conseil juridique indépendant avant de signer, les partenaires se sont mariés après avoir signé l'entente ou l'un des partenaires a reçu une aide financière gouvernementale sans autre forme de support raisonnable de son conjoint¹⁵⁶. Ce dernier critère vise à décharger l'État d'un fardeau social supplémentaire.

Dans la plupart des provinces et territoires de common law, des conditions de forme doivent être respectées, l'entente devant généralement être consignée sous forme écrite devant témoins¹⁵⁷. Dans le but d'encourager les règlements à l'amiable entre les conjoints plutôt que la judiciarisation des conflits, les tribunaux sont investis d'une grande discrétion pour déterminer si une entente doit être rejetée ou non¹⁵⁸. Ainsi, lorsque l'une des parties a volontairement signé l'entente en toute connaissance des obligations en découlant, elle ne peut invoquer le fait qu'aucun témoin n'était présent lors de la signature pour en obtenir la nullité¹⁵⁹. Par ailleurs, les tribunaux sont enclins à mettre de côté l'entente si elle ne vise pas spécifique-

154. Voir *supra*, section 2.1.2

155. *Family Law Act*, préc., note 127, art. 62(1)b).

156. *Ibid.*, art. 62(3).

157. *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-2, art. 65(1) ; *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2.1, art. 54(1) ; *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, c.107, art. 37 ; *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 55(1) ; *Loi sur les biens familiaux*, préc., note 117, art. 38(1)b) ; *Family Law Act*, S.B.C. 2011, ch. 25, art. 93(1) ; *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, ch. 83, art. 61(1) ; *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, art. 7(1) et *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu.) 1997, ch. 18, art. 7(1).

158. *Tucker v. Tucker*, [1993] N.J. No. 191 (Nfld. C.A.), par. 21.

159. *Campbell v. Campbell*, [1985] O.J. No. 2643 (ON C.S.), par. 12.

ment le litige entendu pour y substituer le droit statutaire¹⁶⁰. Enfin, il est plus probable qu'une entente soit rejetée, partiellement ou non, dans les cas où l'une des parties n'a pas reçu de conseil juridique indépendant avant de s'engager, bien que ce ne soit pas une exigence légale de validité¹⁶¹. Par ailleurs, l'exploitation psychologique et la vulnérabilité de l'un des conjoints ne sont pas forcément compensées par la consultation d'un juriste¹⁶².

Pour sa part, la législation britanno-colombienne prévoit expressément le pouvoir du tribunal de rejeter les ententes relatives à la division de la propriété en cas d'injustice¹⁶³. Sous l'ancienne loi, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'en matière familiale, un équilibre est nécessaire entre le respect de la volonté des parties et l'assurance d'un résultat équitable. Elle a précisé qu'un contrat peut être équitable dans le cadre d'un mariage de courte durée, mais ne plus l'être dans celui d'un mariage de longue durée¹⁶⁴.

Il est intéressant de savoir que les accords de cohabitation régissant les droits et obligations entre conjoints de fait ont d'abord été reconnus législativement pour éviter toute contestation de leur validité pour cause d'immoralité¹⁶⁵. Aujourd'hui, cet encadrement permet plutôt aux couples de connaître les limites de leurs engagements contractuels et aux tribunaux d'appliquer le droit statutaire lorsque l'entente est inéquitable ou lorsqu'elle ne s'applique pas à la question en litige.

2.2 Les fiducies et l'enrichissement injustifié

La juge L'Heureux-Dubé, dissidente dans l'affaire *Walsh*, a observé que les recours de droit commun sont coûteux, qu'ils s'avèrent souvent inadéquats et que les réparations qu'ils procurent sont nettement insuffisantes¹⁶⁶. Néanmoins, ils permettent de pallier certaines lacunes législatives.

160. *Bosch v. Bosch*, [1991] O.J. No. 1694 (Ont. C.A.).

161. J.D. PAYNE et M.A. PAYNE, préc., note 114, p. 47.

162. *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, par. 81-83 et *Rick c. Brandsema*, [2009] 1 R.C.S. 295, par. 60-61.

163. Art. 92 et 93(6) du *Family Law Act*, préc., note 127 ; *Asselin v. Roy*, 2013 BCSC 1681, par. 132.

164. *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550, par. 37-38 ; à ce sujet, voir James G. McLEOD et Alfred A. MAMO, *Matrimonial Property Law in Canada*, vol. 1, Toronto, Carswell, 1980, feuilles mobiles, à jour au 20 novembre 2013, p. 1-27.

165. J.D. PAYNE et M.A. PAYNE, préc., note 114, p. 46.

166. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, préc., note 10, par. 168 et 169.

Le droit de la famille, dans les provinces et territoires de common law, a vu le développement remarquable de deux recours pratiquement inconnus du droit civil : la fiducie résolutoire et la fiducie constructive. La distinction entre ces deux types de fiducies tend à s'amenuiser¹⁶⁷.

Jusqu'à tout récemment, la fiducie résolutoire pouvait notamment être invoquée lorsqu'une personne transférait la propriété d'un bien à une autre sans considération, lorsqu'elle contribuait financièrement à l'achat de la propriété enregistrée au nom d'une autre personne et lorsqu'elle pouvait démontrer une intention commune avec le propriétaire du bien de le partager¹⁶⁸. La Cour suprême du Canada vient cependant de mettre un terme à l'exigence d'une intention commune dans la résolution des litiges familiaux, car non fondée en droit¹⁶⁹. À défaut de pouvoir démontrer un autre mode de constitution de la fiducie résolutoire, la fiducie constructive sera celle à adopter.

Dans les années 1980, la Cour suprême du Canada¹⁷⁰ a convenu que l'enrichissement injustifié était le fondement de la restitution et de la fiducie constructive, tout en reconnaissant pour la première fois cette dernière¹⁷¹. La fiducie constructive permet l'attribution d'un droit de propriété sur un bien appartenant au conjoint enrichi. Pour ce faire, un lien suffisamment important et direct doit être démontré entre le bien visé et la contribution du conjoint appauvri¹⁷². Précisons que la seule cohabitation ne crée pas d'intérêt dans la propriété du conjoint et que ce sont plutôt les services rendus pendant cette période qui le produisent¹⁷³. L'indemnisation pécuniaire demeure tout de même le principal correctif, le recours au droit de propriété ne devant être utilisé qu'en cas d'insuffisance de ce moyen¹⁷⁴.

167. Pour sa part, Lord Denning n'y voyait qu'une variation de mots : « By whatever name it is described, it is a trust imposed by law whenever justice and good conscience require it. It is a liberal process, founded upon large principle of equity [...] » dans *Hussey v. Palmer*, [1972] 3 All E.R. 744, 748.

168. J.G. McLEOD et A.A. MAMO, préc., note 164, p. I-40.42.

169. *Kerr c. Baranow*, [2011] 1 R.C.S. 269, par. 24.

170. *Pettikus c. Becker*, préc., note 26.

171. Donovan W.M. WATERS, Marc R. GILLEN et Lionel D. SMITH, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2012, p. 489.

172. *Pettikus c. Becker*, préc., note 26, p. 852.

173. J.G. McLEOD et A.A. MAMO, préc., note 164, p. I-40.42 ; *Peter v. Beblow*, préc., note 9 et *Babineau v. Nihill*, [1993] W.D.F.L. 106 (Ont.), par. 21.

174. *Kerr c. Baranow*, préc., note 169, par. 47 et 50.

L'intérêt de ces recours est manifeste si on les compare au recours fondé sur l'enrichissement injustifié du droit québécois. Au Québec, l'indemnisation est limitée à l'appauvrissement, alors qu'en common law, c'est l'enrichissement qui est compensé. De plus, dans les provinces et territoires de common law, des droits peuvent être attribués sur les biens dont le conjoint a été enrichi. En droit québécois, seule une somme d'argent peut être octroyée. Pour ces raisons, nous croyons que les conjoints de fait québécois sont moins bien protégés par le recours en enrichissement injustifié que ceux établis ailleurs au Canada peuvent l'être par les fiducies résolutoire et constructoire.

Au Québec, l'enrichissement injustifié constitue une source d'obligation dès que les critères formulés aux articles 1493 à 1496 C.c.Q. sont remplis. Ainsi, doivent être démontrés un enrichissement, un appauvrissement, une corrélation entre les deux premiers, l'absence de justification légale à l'enrichissement ou à l'appauvrissement et l'absence d'autres recours de l'appauvri. L'analyse de ces critères doit se faire avec une souplesse supplémentaire dans le cadre de relations familiales¹⁷⁵. Récemment, la Cour d'appel du Québec a rappelé qu'il appartient au défendeur de démontrer que l'appauvrissement du demandeur n'est pas lié à son propre enrichissement, et non à ce dernier de prouver qu'il aurait obtenu des avantages plus substantiels n'eût été son activité exclusive au foyer¹⁷⁶. Aussi, elle réitère que les présomptions constatées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Peter c. Beblow*¹⁷⁷ sont applicables en droit québécois. Dans le cadre d'unions de fait de longue durée, il y a donc une présomption *prima facie* de corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement ainsi qu'une présomption d'absence de motif à cet enrichissement. Dans cette même décision, le tribunal importe de l'affaire *Kerr c. Baranow*¹⁷⁸ une méthode de calcul de la réparation à laquelle l'appauvri aura droit, soit celle de la valeur accumulée. Propre à la fiducie constructoire, elle permet « d'établir la contribution proportionnelle du conjoint demandeur à la richesse globale accumulée grâce aux efforts conjugués des deux conjoints »¹⁷⁹. Il est clair que le recours lui-même n'est pas admis en droit québécois. Le remède ne peut en aucun cas consister en l'attribution d'un droit de propriété, mais doit demeurer une indem-

175. *C.L. c. J.Le.*, 2010 QCCA 2370, par. 12 et 13.

176. *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586, par. 47 et 48.

177. Préc., note 9.

178. Préc., note 169.

179. Préc., note 176, par. 60.

nisation pécuniaire. Le formalisme juridique civiliste¹⁸⁰ prohibant l'importation de recours jurisprudentiels de common law, nos tribunaux ne peuvent sanctionner une telle approche¹⁸¹.

La compensation pécuniaire octroyée au conjoint de fait peut lui permettre de pallier la pauvreté découlant trop souvent de la rupture. Il (quoique généralement elle) pourra alors se loger de façon plus adéquate, au bénéfice de ses enfants. Néanmoins, dans la mesure où une telle réparation lui est accordée, elle ne peut l'être qu'après de longues procédures judiciaires. Bien que l'indemnisation financière soit opportune, elle demeure inadaptée pour couvrir les besoins à court terme à la suite de la séparation du couple.

2.3 Pistes de solution législatives pour le Québec

D'emblée, l'imposition des règles du mariage, ou de protections semblables, en présence d'enfants et en fonction de leurs intérêts nous semble la meilleure solution. À tout le moins, les règles relatives à la résidence familiale ne devraient pas voir leur application limitée au mariage ou à l'union civile¹⁸².

Il faut prendre bonne note que la législation de la plupart des provinces et territoires canadiens permet l'attribution par le juge d'un droit d'usage exclusif temporaire de la résidence familiale. À cet égard, le critère d'union conjugale *d'une certaine permanence* nous semble tout à fait indiqué lorsque les conjoints sont ensemble les parents d'un enfant. La principale difficulté inhérente à la rupture implique l'enfant du couple ; il n'a pas participé au choix matrimonial de ses parents et ne devrait pas avoir à en subir les répercussions. Qui plus est, nous avons relevé que les besoins des enfants doivent être la considération dominante dans l'évaluation du bien-fondé d'une telle ordonnance.

La possibilité d'octroyer un droit d'usage sur toute résidence appartenant au conjoint, comme c'est le cas dans la province de

180. Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *Modern Law Review* 48, p. 52.

181. *M.B. c. L.L.*, [2003] R.D.F. 539 (C.A.), par. 37, *Barrette c. Falardeau*, 2008 QCCS 5110 (appels accueillis à la seule fin de modifier le montant de la condamnation et d'accorder l'indemnité additionnelle 2010 QCCA 989).

182. En ce sens, voir Heather CONWAY et Philip GIRARD, « "No Place Like Home": The Search for a Legal Framework for Cohabitants and the Family Home in Canada and Britain », (2005) 30 *Queen's L.J.* 715.

Terre-Neuve-et-Labrador, nous semble pertinente. Bien que ce soit souvent le cas, la résidence familiale n'est pas toujours le lieu le plus adapté aux besoins de l'enfant.

De plus, signalons que les tribunaux canadiens ont défini la notion de relation de type conjugale (*marriage-like*) et que le Québec n'a pas échappé à ce courant. Nous n'avons pas abordé ce sujet, puisqu'une abondante jurisprudence québécoise permet de cerner le concept de conjugalité, principalement dans le cadre des lois sociales. Les critères sont généralement ceux de la cohabitation, du secours mutuel et de la commune renommée¹⁸³.

Souvent invoqué par le gouvernement du Québec depuis que la question se pose ouvertement, le principe de l'autonomie de la volonté constitue le principal obstacle à l'encadrement des conjoints de fait. Au Québec, les particuliers bénéficient d'une très grande liberté de choix quant à leur mode de vie matrimonial. Plusieurs adultes vivant en union libre ont fait ce choix de façon éclairée, notamment pour éviter d'être soumis à certains effets du mariage¹⁸⁴. Ces personnes s'opposent à ce que leur soient imposées de nouvelles obligations qui découleraient, à leurs yeux, d'un excès de paternalisme de l'État.

Il est pertinent de noter que le droit à la liberté, garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'étend « au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État »¹⁸⁵. Au sein de cette catégorie restreinte de droits immuables, il serait possible d'inclure la liberté de choix d'union maritale¹⁸⁶. La Cour suprême, dans l'arrêt *Walsh*, en a soulevé le caractère fondamental¹⁸⁷. C'est dire que la société canadienne semble aujourd'hui réfractaire à l'intrusion de l'État dans les relations privées.

183. M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 150, p. 170-171.

184. Préc., note 10, p. 404, n° 156 (j. L'Heureux-Dubé, motifs min.).

185. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 893, par. 66 (j. La Forest).

186. Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans *École du Barreau du Québec, Collection de droit 2011-2012, vol. 7, Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 50.

187. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, préc., note 10, par. 63 (j. Bastarache, motifs maj.).

Nous sommes d'avis qu'il convient de respecter l'autonomie de la volonté des conjoints quant à leur volonté de se soumettre ou non aux règles concernant les effets du mariage. Néanmoins, nous maintenons qu'une protection est nécessaire en faveur des personnes réellement dépourvues de choix. Si les parents ont le privilège de choisir leur mode de conjugalité, il n'en est rien de leurs enfants¹⁸⁸ qui ne peuvent que subir les contrecoups de cette décision. Conséquemment, dès que la famille s'élargit et accueille des enfants, biologiques ou adoptés, des contraintes supplémentaires s'imposent.

L'idée de réserver une protection spéciale exclusive aux parents n'est pas nouvelle. Déjà en 1979, *Le Réseau d'action et d'information pour les femmes* suggérait à l'Office de révision du Code civil d'assimiler les conjoints de faits avec enfants à des conjoints mariés avec enfants sous régime de séparation de biens¹⁸⁹. Dans un raisonnement analogue, le Réseau proposait même de distinguer les couples mariés avec ou sans enfants¹⁹⁰ afin de maximiser la pertinence des protections dites familiales. Plus récemment, les professeurs Goubau, Otis et Robitaille appelaient à un débat quant à l'équilibre entre la liberté de choix et les dommages qu'en subissent les enfants¹⁹¹.

Dans le but d'éliminer toute discrimination envers les enfants nés de parents unis de fait, nous croyons qu'une réforme d'ensemble du droit de la famille est nécessaire. Les dispositions relatives à la résidence familiale dans un cadre de rupture doivent être applicables à chaque famille comportant des enfants, sans égard au statut matrimonial de leurs parents. Ici, le critère d'union d'une certaine permanence développé dans les provinces de common law serait tout à fait approprié. De même, l'enregistrement d'une déclaration de résidence familiale ne doit plus être limité aux époux. Toute famille doit pouvoir bénéficier de la stabilité qu'offre cette mesure.

Nous sommes consciente des difficultés relatives à la gestion des interdictions et sanctions relatives à la résidence familiale lorsque les conjoints ne sont pas mariés, particulièrement en cas

188. *Ibid.*, par. 35 (j. Bastarache, motifs maj.).

189. RÉSEAU D'ACTION ET D'INFORMATION POUR LES FEMMES, *La révision du code civil : mémoire sur le Rapport de l'Office de révision du code civil présenté en commission parlementaire*, Sillery, RAIF, 1979, p. 18.

190. *Ibid.*, p. 9.

191. D. GOUBAU, G. OTIS et D. ROBITAILLE, préc., note 100, nos 75 et 76, par. 82.

d'aliénation de l'immeuble. Dans ces circonstances, le praticien doit vérifier l'état matrimonial des parties afin de s'assurer de leur capacité. Il n'a aucun moyen de savoir si la personne qui se présente seule devant lui a vécu dans une relation conjugale d'une certaine permanence. C'est pourquoi nous suggérons d'offrir la possibilité aux conjoints de fait d'enregistrer une déclaration de résidence familiale. Une simple vérification au registre foncier informera alors le praticien de la limitation relative à la disposition de la résidence familiale sans l'accord du conjoint de fait. Quant au droit d'usage, il revient à la cour de déterminer s'il doit être octroyé ou non en fonction des circonstances. Un large corpus jurisprudentiel porte déjà sur l'attribution de l'usage de la résidence familiale à un époux dans un contexte de rupture. Il reste que les conjoints de fait ne sont jamais assurés de voir leur demande accueillie même s'ils respectent ces critères élaborés pour des époux. Un changement législatif permettrait de clarifier la situation, de garantir une meilleure cohésion de l'issue des recours et d'éviter de nombreuses injustices. En ce sens, il serait avantageux pour tous les types de familles que l'attribution d'un droit d'usage de la résidence familiale, comme le prévoit l'article 410 C.c.Q., soit étendue à toute habitation sur laquelle le conjoint détient des droits, que ce soit par titre de propriété ou par bail. La cour doit pouvoir octroyer un tel droit s'il est dans l'intérêt de l'enfant de procéder ainsi.

Par ailleurs, si le législateur désirait implanter un régime plus complet à l'égard de tous les conjoints de fait, nous sommes d'avis qu'il devrait s'accompagner d'un droit de retrait en tout temps en faveur de ceux qui n'ont pas d'enfant. La liberté de choix des personnes, sanctionnée par la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous semble exiger cette procédure. En revanche, il faudrait alors s'assurer que les parties sont conscientes des conséquences de leur choix et que leur consentement est libre et éclairé. Pour ce faire, les conjoints pourraient se retirer du régime légal, par déclaration judiciaire ou notariée, après avoir reçu les informations pertinentes.

Dans le cas où une réforme du droit de la famille serait écartée, nous sommes d'avis que certaines modifications législatives devraient tout de même être apportées au droit de l'indivision. Ce dernier n'est visiblement pas adapté à la réalité familiale actuelle. Un tribunal doit disposer de moyens clairs pour expulser un copropriétaire du logement indivis et en octroyer l'usage exclusif à son conjoint également copropriétaire. Rappelons qu'une telle ordon-

nance n'est actuellement possible que dans le cadre de la dissolution du mariage ou de l'union civile¹⁹².

3. VERS UNE PROTECTION CONTRACTUELLE DE LA RÉSIDENCE FAMILIALE POUR LES CONJOINTS DE FAIT AU QUÉBEC

Depuis le début des années 1980, au fil des réformes, la popularité des contrats de mariage a décliné de manière constante¹⁹³, à un point tel qu'en 2005, seuls 10 % des nouveaux mariés s'en sont munis¹⁹⁴. La contractualisation de la famille semble délaissée, tant par les conjoints mariés que ceux vivant en union de fait, principalement pour des raisons émotives. En effet, nombre de gens sont d'avis qu'un contrat régissant une relation amoureuse ne peut être que défensif, opposant systématiquement les conjoints¹⁹⁵. Cette conception péjorative limiterait l'intérêt de nombreux couples à envisager ce type d'arrangement.

Malgré leur manque de popularité, les protections contractuelles ont l'avantage d'être modulables selon les volontés des contractants. Bien qu'il s'agisse d'un sujet délicat pour les conjoints, le règlement de certaines questions épineuses à un moment où la relation conjugale est à son meilleur permet d'atténuer la judiciarisation d'éventuels conflits. La contractualisation est facilement accessible, n'importe qui peut rédiger un contrat de vie commune sans formalité. Malgré les possibilités bien présentes que l'entente soit inéquitable, inadéquate, voire carrément illégale sur certains aspects, il nous semble essentiel de maintenir les exigences de forme au strict minimum. L'acte notarié conserve la plus-value que lui confère son authenticité. Nous suggérons simplement qu'il faut faciliter la généralisation des conventions de vie commune dans l'attente d'un encadrement législatif des relations entre conjoints de fait.

3.1 Clauses à inclure dans un contrat d'indivision

Au moment où les conjoints de fait font l'acquisition d'une propriété, le notaire instrumentant devrait systématiquement leur conseiller de conclure une convention d'indivision. On y trouvera

192. Art. 500 C.c.Q.

193. Guy LEFRANÇOIS, « Les conventions matrimoniales et le nouveau droit », (1992) 23 *R.D.U.S.* 203.

194. A. ROY, préc., note 59, p. 6.

195. *Ibid.*, p. 26.

notamment les quotes-parts des indivisaires, la destination de l'immeuble ainsi que leurs droits et obligations.

Dans une famille de fait avec enfants, une disposition encadrant l'usage de la résidence de la famille en cas de rupture est à prévoir. Le terme de l'usage exclusif, qui devra idéalement être stipulé pour éviter un conflit supplémentaire, pourra alors être basé sur l'intérêt des enfants. Évidemment, la rédaction d'une telle clause devra être adaptée aux besoins des parties et plusieurs variantes pourront être envisagées. Les seules limites seront, par conséquent, les besoins des parties et l'ordre public. En voici un exemple, à l'intention d'un couple avec enfants.

1.1 Les parties considèrent l'immeuble désigné aux présentes comme la résidence habituelle de la famille.

1.2 Dans l'éventualité d'une rupture de la relation conjugale, les parties conviennent qu'un droit d'usage exclusif de la résidence habituelle de la famille sera attribué à la partie qui obtiendra la garde des enfants, et ce, à l'exclusion de l'autre partie ;

1.3 Il est entendu que ledit droit n'empêche pas le partage du bien ;

OU

1.3 Ledit droit sera exercé pour la période déterminée, ayant pour effet de reporter le droit au partage du bien ;

1.4 La partie jouissant de ce droit sera tenue à une indemnité équivalant au loyer moyen d'un logement de type 3½ pour la région, fixé annuellement par la Régie du logement ;

OU

1.4 La partie jouissant de ce droit sera tenue à une indemnité fixée à un montant de (\$) dollars canadiens, indexé annuellement à l'augmentation de l'indice des prix à la consommation selon Statistique Canada pour la région de Les charges afférentes à la résidence seront acquittées par les parties dans les mêmes proportions que ci-haut mentionné (OU par tant qu'il en aura l'usage).

OU

1.4 Les parties consentent à ce qu'aucune indemnité ne soit versée au conjoint dont le droit d'usage légal du bien est suspendu temporairement, attendu que ce dernier ne sera pas tenu aux charges afférentes à la résidence pour cette période ;

1.5 Les parties conviennent de l'arrivée du terme dudit droit à la première des occurrences suivantes :

- a. La vente de la résidence à la suite du partage judiciaire ou d'une entente entre les parties ;
- b. Le rachat de la part de l'autre par l'un des indivisaires ;
- c. Le départ de tous les enfants indépendants du foyer familial.

1.6 Dans l'éventualité où une garde partagée serait ordonnée, les parties conviennent que ledit droit d'usage exclusif sera attribué à (au choix des parties) qui y exercera la garde des enfants pour la durée de l'instance.

Soulignons que l'indemnité due au copropriétaire qui n'a pas l'usage et la jouissance du bien est une compensation et non un loyer¹⁹⁶. La clause devra être rédigée en tenant compte de ce fait pour éviter l'application inutile des dispositions du *Code civil du Québec* portant sur le loyer. Si les conjoints désirent, pour une quelconque raison, qu'aucune indemnité ne soit versée, il faudra alors le préciser expressément. Ils peuvent en fixer à l'avance le montant, son mode de détermination ou un autre type de compensation. Par exemple, il est possible de prévoir que le conjoint qui doit quitter la résidence sera exonéré du paiement de sa part des taxes, de l'hypothèque ou de tous autres frais pour la durée correspondant à sa perte de jouissance du bien. L'intérêt consiste certainement en une meilleure prévisibilité des coûts qui pourraient être engagés en les circonstances. En effet, les indemnités déterminées par les tribunaux sont plutôt variables.

3.2 Clauses à inclure dans un contrat de vie commune

Les contrats de vie commune, valides en droit¹⁹⁷, permettent aux conjoints de fait d'aménager leurs droits et obligations au sein de leur relation. À cet effet, la Cour suprême a reconnu à plusieurs reprises le principe du respect de la volonté des parties¹⁹⁸. Un modèle de convention est proposé par la Chambre des notaires du Québec¹⁹⁹. En ce qui a trait à la propriété de la résidence commune,

196. L. LAFLAMME, préc., note 57, p. 228.

197. M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 150, p. 176.

198. Michel TÉTRAULT, *La rédaction des conventions en matière familiale*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 4.

199. *Convention régissant les relations entre conjoints de fait*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D./N.S., « Famille », Modèle d'acte – Document 2, Montréal, 2012.

une variante y est suggérée pour tenir compte du cas où un seul des conjoints est propriétaire. L'insertion au contrat de vie commune d'une clause relative à l'immeuble peut permettre de créer l'indivision du bien et d'en prévoir les modalités d'exercice²⁰⁰. Les conjoints devenant ainsi copropriétaires, la clause de possession exclusive de la résidence familiale pourra être insérée dans cette section. Dans le cas où les conjoints sont copropriétaires de la résidence, il est tout de même possible de préciser, dans le contrat de vie commune, l'usage qui pourra en être fait en cas de rupture plutôt que d'apporter des modifications à la convention d'indivision. Les exemples de clauses présentés dans la section 3.1 peuvent être transposés dans une convention de vie commune créant une indivision. Quel que soit l'écrit supportant une clause de possession exclusive de la résidence familiale détenue en copropriété indivise, les précisions apportées au point précédent quant à l'indemnité sont applicables. Utiliser le véhicule de la convention de vie commune pour éviter ce coût lié à l'indivision serait illusoire, à moins bien entendu d'en convenir expressément par écrit.

Enfin, rien n'empêche des conjoints qui ne désirent pas procéder à une indivision de la résidence familiale de prévoir un droit d'usage exclusif en cas de rupture. Des modifications mineures devront être apportées à l'exemple précédent. Ainsi, un couple avec enfants pourrait avoir avantage à inclure, au contrat de vie commune, des clauses comme celles-ci :

2.1 Dans l'éventualité d'une rupture de la relation conjugale, les parties conviennent qu'un droit d'usage exclusif de la résidence habituelle de la famille, déterminé conjointement par les parties et actuellement située au, sera attribué à la partie qui obtiendra la garde des enfants, et ce, à l'exclusion de l'autre partie ;

2.2 La partie jouissant de ce droit sera tenue à une indemnité équivalant au loyer moyen d'un logement de type 3½ pour la région, fixé annuellement par la Régie du logement ;

OU

2.2 La partie jouissant de ce droit sera tenue à une indemnité fixée à un montant de (\$) dollars canadiens, indexé annuellement à l'augmentation de l'indice des prix à la consommation selon Statistique Canada pour la région de Les charges afférentes à la résidence seront acquittées par les parties dans les mêmes proportions que ci-haut mentionné (OU par tant qu'il en aura l'usage).

200. Art. 1012 C.c.Q.

OU

2.2 Les parties consentent à ce qu'aucune indemnité ne soit versée au conjoint dont le droit d'usage légal est suspendu temporairement, attendu que ce dernier ne sera pas tenu aux charges afférentes à la résidence pour cette période ;

2.3 Les parties conviennent de l'arrivée du terme dudit droit à la première des occurrences suivantes :

- a. Une période maximale de mois OU année(s) ;
- b. La relocalisation de la partie ayant la garde des enfants ;
- c. Le départ de tous les enfants indépendants du foyer familial.

2.4 Dans l'éventualité où une garde partagée serait ordonnée, les parties conviennent que ledit droit d'usage exclusif sera attribué à (au choix des parties) qui y exercera la garde des enfants pour la durée de l'instance.

Les notaires auraient avantage à promouvoir activement le contrat de vie commune au sein de la population. En effet, ce type de convention nous semble encore insuffisamment connu du public et peut offrir des protections intéressantes en cas de rupture.

CONCLUSION

Le Québec compte une proportion importante de conjoints de fait, près du double de celle de l'ensemble du Canada. Or, de nombreuses études ont démontré que l'union de fait était un mode de conjugalité particulièrement précaire²⁰¹. Considérant que près des deux tiers des enfants naissent de parents non mariés ni unis de fait, les enfants québécois sont plus à risque de subir la rupture de leurs parents que les autres enfants canadiens.

Lorsqu'un couple marié se sépare, le tribunal peut attribuer l'usage exclusif de la résidence familiale au parent auquel il accorde la garde des enfants. De façon concurrente, il ordonnera à l'autre parent de quitter la résidence. Ces mécanismes de protection ne sont malheureusement pas ouverts aux conjoints de fait, même s'ils ont des enfants. Les tribunaux ont certes tenté d'assouplir les règles à cet égard, mais les solutions en ce sens demeurent précaires. En

201. Voir INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 35, M. WARD, préc., note 35 et M. TÉTRAULT, préc., note 35.

outre, le « droit d'usage » personnel, n'étant pas admis à la publicité, n'est pas opposable aux tiers. La mise en œuvre du jugement pourrait en être perturbée, rien n'empêchant le conjoint propriétaire de vendre l'immeuble malgré le « droit d'usage ».

Le respect de l'autonomie de la volonté est un droit fondamental ancré profondément dans notre société. Le législateur a longtemps tenu à le respecter même si cela était au détriment des conjoints de fait et, particulièrement, de leurs enfants. Nous devons toutefois rappeler que l'intérêt de l'enfant doit primer les droits de propriété et la liberté de choix de ses parents. En ce sens, nous estimons que l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice des dispositions concernant la protection de la résidence familiale est une atteinte au droit à l'égalité des enfants qui n'est pas justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Une réforme d'ensemble du droit de la famille québécois est essentielle. Les enfants, sans égard à la conjugalité de leurs parents, doivent véritablement bénéficier des mêmes droits. La résidence logeant la famille doit être protégée et des solutions doivent être mises de l'avant pour faciliter la compensation d'un enrichissement injustifié découlant d'une relation de couple. Enfin, la notion d'union d'une certaine permanence développée dans les provinces de common law permettrait de mieux déterminer à qui certains droits doivent être octroyés. Ainsi, les dispositions relatives à l'enregistrement d'une déclaration de résidence familiale et à l'attribution d'un droit d'usage de cette dernière devraient être applicables à toute famille avec enfants, que les parents soient mariés ou non. Le droit d'usage visé par l'article 410 C.c.Q. pourrait également viser toute habitation sur laquelle le conjoint détient des droits, par titre de propriété ou par bail, de façon à offrir un meilleur éventail de solutions.

En attendant une réforme du droit de la famille, le praticien doit se montrer proactif et informer les conjoints de fait des possibilités qui s'offrent à eux. Il peut leur offrir d'insérer une clause de droit d'usage lors de la rédaction du contrat d'indivision ou encore de la convention de vie commune. N'oublions pas que, malgré la grande médiatisation de « l'affaire *Éric c. Lola* »²⁰², de nombreux conjoints de fait ignorent encore la portée limitée de leurs droits.

202. Préc., note 12.

ANNEXE I**Répartition des familles en pourcentage
selon leur état matrimonial**

| Nom géographique | Familles de couples mariés | | Familles de couples en union libre | | Familles monoparentales |
|---|----------------------------|--------------------------------------|------------------------------------|--------------------------------------|-------------------------|
| | Total | Avec au moins un enfant à la maison* | Total | Avec au moins un enfant à la maison* | Total |
| Canada | 67,03 | 36,24 | 16,70 | 7,54 | 16,27 |
| Terre-Neuve-et-Labrador | 71,74 | 34,62 | 12,94 | 5,83 | 15,32 |
| Île-du-Prince-Édouard | 72,70 | 36,81 | 11,19 | 4,79 | 16,11 |
| Nouvelle-Écosse | 68,45 | 32,26 | 14,24 | 5,55 | 17,31 |
| Nouveau-Brunswick | 67,88 | 31,34 | 16,00 | 7,03 | 16,11 |
| Québec | 51,89 | 24,83 | 31,53 | 16,36 | 16,59 |
| Ontario | 72,34 | 42,14 | 10,93 | 4,39 | 16,74 |
| Manitoba | 70,95 | 38,50 | 11,91 | 5,27 | 17,14 |
| Saskatchewan | 71,05 | 35,05 | 12,54 | 5,68 | 16,41 |
| Alberta | 71,97 | 40,53 | 13,57 | 5,52 | 14,46 |
| Colombie-Britannique | 71,72 | 34,11 | 12,95 | 4,44 | 15,31 |
| Yukon | 54,45 | 28,67 | 25,08 | 10,56 | 20,53 |
| Territoires du Nord-Ouest | 50,00 | 32,07 | 28,68 | 16,19 | 21,36 |
| Nunavut | 39,07 | 30,66 | 32,71 | 25,26 | 28,21 |
| Données tirées du tableau <i>Familles de recensement dans les ménages privés, selon la structure familiale et la présence d'enfants, par province et territoire, Recensement de 2011.</i> | | | | | |

* Sans égard à l'âge ou à l'état matrimonial de l'enfant. Pour être inclus dans les données, l'enfant ne doit pas avoir un conjoint ou un enfant vivant avec lui.

ANNEXE II – Tableau de droit comparé

| Mesures législatives | Provinces et territoires | | | | | | | | | | | | |
|--|--------------------------|---------------------------|--|-----------------------------|---|---------------------------|--------------------------------|---------------------------------------|--|----------------------------|------------------------------|---------------------------------------|-------------------------------------|
| | T.N.L. | Î.P.É. | N.-É. | N.-B. | Québec | Ontario | Manitoba | Saskat. | Alberta | C.-B. | Yukon | T.N.-O. | Nunavut |
| Législation permettant possession exclusive du foyer familial (conjoints non mariés) | | | | | | | | | | | | | |
| • Temporaire | | | 40(1)(d) FLA ¹ | | 11(1)(a) et (c) MPA ³ (si relation enregistrée) | | 10(1)(b.2) LOA ⁷ | 5(2)b et 6(1) LBF ¹⁰ | 68 FLA ¹¹ | 90 FLA ¹³ | | 55(1)b et (2) LDF ¹⁵ | 55(1)b) et (2) LDF ¹⁶ |
| • Viagère | | | 11(1)(a) et (c) MPA (si relation enregistrée) | | | | | 5(2)b) et 6(1) LBF | | | | | |
| Assujettissement aux règles matrimoniales statutaires à la suite de cohabitation d'une durée fixée par règlement | | | | | | | | 2(1) LBF | | 3(1)(b) FLA | | 1(1) LDF | 1(1) LDF |
| Assujettissement aux règles matrimoniales statutaires à la suite d'un enregistrement | | | 54 VSA ⁴ | | | | 13.1 LSEC ⁸ | | | | | | |
| Encadrement ou reconnaissance des accords de cohabitation | 63(1)(a) FLA | 52(1) ² FLA | | 35(1)a) LBM ⁵ | | 53(1) LDF ⁶ | 5 LBF ⁹ | 24 et 38 LBF | 3(2) AIR ¹² et 62 FLA | art. 92 et 93(6) FLA | 60(1) LPFOA ¹⁴ | 4 LDF | 4 LDF |

1. *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-2
2. *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2.1
3. *Matrimonial Property Act*, R.S., ch. 275, s. 1
4. *Vital Statistics Act*, R.S., ch. 494, s. 1
5. *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, ch. 107
6. *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3
7. *Loi sur l'obligation alimentaire*, C.P.L.M., ch. F20
8. *Loi sur les statistiques de l'état civil*, C.P.L.M., ch. V60

9. *Loi sur les biens familiaux*, C.P.L.M., ch. F25
10. *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, ch. F-6.3
11. *Family Law Act*, S.A. 2003, ch. F-4.5
12. *Adult Interdependent Relationships Act*, S.A. 2002, ch. A-4.5
13. *Family Law Act*, S.B.C. 2011, ch. 25
14. *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, ch. 83
15. *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18
16. *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. (Nu.) 1997, ch. 18