

LE LOGEMENT ET LA FAMILLE

Ernest Caparros

Volume 13, Number 2, 1982

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059378ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059378ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Caparros, E. (1982). LE LOGEMENT ET LA FAMILLE. *Revue générale de droit*, 13(2), 313–336. <https://doi.org/10.7202/1059378ar>

Article abstract

L'auteur présente le statut du logement familial tant pendant la vie commune que lorsque celle-ci cesse d'exister. Dans les deux cas il étudie la réglementation du louage des choses contenues dans le *Code civil du Bas-Canada* et les mesures plus spécifiques de protection de la résidence familiale contenues dans le *Code civil du Québec*. Il envisage aussi, dans ce contexte, la problématique de la prestation compensatoire.

LE LOGEMENT ET LA FAMILLE

par Ernest CAPARROS*

RÉSUMÉ

L'auteur présente le statut du logement familial tant pendant la vie commune que lorsque celle-ci cesse d'exister. Dans les deux cas il étudie la réglementation du louage des choses contenues dans le Code civil du Bas-Canada et les mesures plus spécifiques de protection de la résidence familiale contenues dans le Code civil du Québec. Il envisage aussi, dans ce contexte, la problématique de la prestation compensatoire.

SOMMAIRE

Introduction

1. La porte restreinte du logement comme objet de la prestation alimentaire
2. L'éveil du droit québécois à la protection juridique de la résidence familiale
3. Délimitation du sujet et plan

I.- Le statut du logement familial pendant la vie commune

1. La résidence familiale assurée par un droit personnel
 - 1.1. Le droit au bail
 - a) La résidence familiale protégée par la réglementation du louage des choses
 - b) La résidence familiale protégée par la réglementation du régime primaire
 - 1.2. Le *Homestead*
2. La résidence familiale assurée par un droit réel
 - 2.1. La résidence familiale assurée par un droit de propriété
 - a) La protection directe mitigée par les techniques de l'enregistrement
 - b) La protection par ricochet limitée dans son champ d'application
 - 2.2. La résidence familiale assurée par d'autres droits réels

Conclusion

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

- II.- Le statut du logement familial lors de la cessation de la vie commune
 - 1. Le sort de la résidence familiale lors de la cessation de la cohabitation
 - 1.1. Le maintien dans les lieux et l'attribution préférentielle du bail
 - a) Le maintien dans les lieux
 - b) L'attribution préférentielle
 - 1.2. La possibilité de radiation de l'enregistrement de la déclaration de résidence
 - a) La radiation comme suite du comportement juridique des époux
 - b) La radiation comme conséquence de la constatation d'un fait
 - 1.3. La problématique de la prestation compensatoire
 - a) La portée de la prestation compensatoire
 - b) Les conflits possibles avec les régimes matrimoniaux
 - 2. Le droit accordé au conjoint survivant en société d'acquêts

Conclusions générales

INTRODUCTION

1. *Généralités.* — En droit civil québécois la relation entre le logement et la famille et la considération du logement comme un moyen de protéger la famille sont de date récente. En effet, un certain individualisme poussé chez les propriétaires a eu comme conséquence que le cheminement législatif vers la protection de la résidence familiale a été quelque peu semé d'embûches et que le résultat, dans le nouveau *Code Civil du Québec* n'est pas trop reluisant. Afin d'établir la relation qui existe entre le logement et la famille il sied d'esquisser en premier lieu, la portée restreinte du logement comme objet de la prestation alimentaire; dans un deuxième temps il convient de brosser brièvement l'éveil du droit québécois à la protection juridique de la résidence familiale. Il sera, enfin, question de la délimitation du sujet et du plan que nous entendons suivre.

1. LA PORTÉE RESTREINTE DU LOGEMENT COMME OBJET DE LA PRESTATION ALIMENTAIRE.

2. *Logement et prestation alimentaire.* Le rôle du logement dans la prestation alimentaire est fort restreint au Québec: le créancier d'aliments ne jouit d'aucun droit pouvant lui permettre d'exiger un logement à titre de prestation alimentaire; seul le débiteur peut, pour se libérer ou pour diminuer sa dette alimentaire, offrir de recevoir le créancier chez lui.

3. *Créancier alimentaire et logement.* Il a déjà été question, dans certains cas, de demander au tribunal d'accorder au créancier un droit lui permettant d'habiter dans un immeuble du débiteur, notamment lorsque les facultés de celui-ci ne lui permettaient pas de verser une pension alimentaire couvrant tous les besoins du créancier. Il s'agit, dans ce cas, d'une prestation en nature, mais non au domicile du débiteur. La solution a été envisagée lors de

la rupture de la vie commune. Cependant, la Cour d'appel a donné une réponse négative catégorique, basant son argumentation sur le texte de l'article 488, *C.c.B.-C.* qui stipule que le droit d'habitation ne peut s'établir que par la volonté de l'homme¹. Le motif de cet arrêt a perdu toute sa force depuis le 2 avril 1981; en effet désormais l'article 488 dispose qu'il est possible d'accorder un droit d'habitation par jugement, afin de permettre l'application des dispositions concernant la prestation compensatoire². Mais le créancier ne peut exiger un logement à titre d'aliments, puisque la prestation compensatoire n'a pas cette nature alimentaire.

4. *Débiteur alimentaire et logement.* Le débiteur d'aliments peut, cependant offrir de recevoir le créancier chez lui et dans ce cas «si les circonstances s'y prêtent» (nous dit l'article 640, *C.c.Q.*) il peut être dispensé du paiement des aliments ou d'une partie de ceux-ci. Cette disposition est la seule qui permet de tenir compte du logement dans le contexte de la pension alimentaire. Sa portée est d'ailleurs moins grande que les anciens articles 171 et 172, *C.c.B.-C.* En effet, désormais le tribunal ne peut plus forcer le débiteur, incapable de payer la pension alimentaire, à recevoir le créancier chez lui, comme le lui permettait l'article 171. En outre, l'article 640, *C.c.Q.* impose maintenant au tribunal une obligation plus exigeante que celle de l'ancien article 172, visant à apprécier si les circonstances s'y prêtent. En effet, il ne pourra dispenser le débiteur de son obligation du simple fait qu'il a offert de recevoir le créancier chez lui; il faut en plus que la cohabitation entre créancier et débiteur soit possible selon l'appréciation du tribunal³.

5. *Conclusion.* En droit québécois, un individu ne jouit pas d'un droit lui permettant d'exiger un logement des membres de sa famille. Les tribunaux acceptent régulièrement de limiter les revenus du débiteur d'aliments lui imposant de payer une pension alimentaire, mais confrontés avec une limitation éventuelle du droit de propriété immobilière, ils n'osent pas «violer le droit sacré de propriété»⁴. Cependant, par la voie législative, le droit québécois s'éveille à la protection juridique de la résidence familiale.

¹ cf. *Bastien c. Trotter* [1977] C.A. 42; voir aussi *Leprohon c. Guinta*, [1979] C.S. 59.

² L'art. 488, *C.c.B.-C.* a été modifié à cet effet par l'art. 25 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39; pour une application jurisprudentielle voir *Brunet c. Paiement*, C.S. Montréal, 17 déc. 1981 J.E. 82-154. Nous étudions la prestation compensatoire *infra*, n° 50 et ss.

³ Voir *Létourneau c. Leduc*, [1979] C.S. 51 où, selon le droit antérieur, le tribunal dispense la mère de son obligation envers sa fille qui vivait en concubinage, et à qui la mère avait offert de la recevoir chez elle.

⁴ *Bastien c. Trotter*, [1977] C.A. 42, J. DUBÉ, p. 44. Mais voir E. CAPARROS, *Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits québécois et comparé*, Montréal, P.U.M., 1975 n°s 349-352, pp. 332-334.

2. L'ÉVEIL DE DROIT QUÉBÉCOIS À LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA RÉSIDENCE FAMILIALE.

6. *Aperçu historique.* Lorsque en 1966 l'Office de révision du Code civil soumit son *Rapport sur les régimes matrimoniaux*⁵ à des consultations publiques, des voix se levèrent pour souligner le besoin d'un régime primaire comprenant la protection de la résidence familiale⁶. Et lorsque le projet de l'Office⁷ devint projet de loi⁸, des groupes de pression firent des représentations en Commission parlementaire⁹ afin d'inclure dans le projet de loi la protection de la résidence familiale. Cependant, la loi fut sanctionnée en 1969¹⁰ sans comprendre des dispositions visant cette protection directe de la demeure familiale¹¹. L'Office de révision rendu public en 1971 un rapport concernant la protection de la résidence familiale¹², qui fut fortement critiqué¹³; toutefois, dès 1974 l'Office reprit substantiellement ces

⁵ cf. COMMISSION DE RÉFORME DU CODE CIVIL [devenue par la suite: Office de Révision du Code civil], *Rapport du Comité des régimes matrimoniaux*, Montréal, photocopié, 1966.

⁶ cf. E. CAPARROS et R. MORISSETTE, «Réflexions sur le Rapport du Comité des régimes matrimoniaux», (1966-67) 8 C. de D. 143-214.

⁷ cf. O.R.C.C., *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, Montréal, E.O.Q., 1968.

⁸ cf. Assemblée Nationale du Québec, 4^e sess., 28^e lég., Bill 10: Loi concernant les régimes matrimoniaux.

⁹ cf. *Débats de l'Assemblée Nationale du Québec*, 4^e sess., 28^e lég., Commission de l'Administration de la justice, 21 mai 1969, T. CASGRAIN, pp. 2129-2131. Voir aussi: E. CAPARROS, «Remarques sur le bill 10, loi concernant les régimes matrimoniaux», (1969) 10 C. de D. 493-507.

¹⁰ *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1979, C. 77 (sanctionnée le 12 déc. 1969).

¹¹ cf. E. CAPARROS, «Chronique de législation: loi concernant les régimes matrimoniaux», (1970) 11 C. de D. 303-320, aux pp. 317-318.

¹² cf. O.R.C.C., Comité des droits des personnes et de la famille, *Rapport sur la protection de la résidence familiale*, n° XVII, Montréal, photocopié, 1971.

¹³ cf. H. D'ANJOU, P. BRADLEY et J.-G. CAMPEAU, «La protection de la résidence familiale», (1972) 13 C. de D. 5-51; G. BEAUPRÉ, «Papa, mama, le juge et moi» *Barreau 71*, vol. 3, n° 5, p. 5; P. BÉLIVEAU, *Les prérogatives des époux relativement au choix et à la protection de la résidence familiale dans la perspective de la préservation de leur égalité et de leur autonomie juridique*. (Mémoire de maîtrise). Montréal, dactylographié, 1971; A.F. BISSON, «Brèves réflexions sur l'avant-projet de loi relatif à la protection de la résidence (si peu) familiale», (1971) 31 R. du B. 449-451; E. CAPARROS, «Remarques sur l'avant-projet de protection de la résidence familiale», (1971) 12 C. de D. 395-329; J.-P. DUQUETTE, «Un droit familial nouveau... ou arbitraire», *Le Devoir*, Montréal 13 juillet 1971, p. 5; M. LAUZON, «La notion de domicile et l'avant-projet de la loi relatif à la protection de la résidence familiale», (1971) 31 R. du B. 447-448. Voir aussi: A. MAYRAND, «À propos du choix de la résidence familiale», *Barreau 71*, vol 3, n° 5, p. 5.

propositions¹⁴ et les intégra dans son rapport final en 1977¹⁵. Les propositions de l'Office de révision ont été acceptées par le législateur et présentées à l'intérieur d'un projet de loi en 1980¹⁶. Elles font partie du *Code civil du Québec*¹⁷ et sont en vigueur depuis le 2 avril 1981.

7. *Aperçu critique.* Trois lustres ont été requis pour retrouver dans le *Code civil du Québec* des dispositions pouvant protéger directement la résidence familiale, alors que d'autres pays de droit codifié avaient franchi des pas importants dans ce sens bien avant¹⁸ que l'éveil ne commence au Québec; en outre nos voisins de *Common Law*¹⁹ avaient introduit, par voie statutaire, la protection de la demeure familiale avant le législateur québécois. Il ne s'agit, certes, pas ici de soulever les critiques nombreuses que les mesures québécoises de protection de la famille méritent à notre avis²⁰, mais plutôt de souligner la faiblesse principale des nouvelles dispositions. Cette faiblesse se trouve au niveau technique: le législateur a assujéti la protection de la résidence familiale à l'enregistrement d'une déclaration de résidence. Or il appert que dans les neuf premiers mois le nombre de déclaration de résidences enregistrées correspond à un peu plus de 0,58% des gens mariés dont

¹⁴ cf. O.R.C.C., Comité du droit des personnes et de la famille, *Rapport sur la famille*, Première partie, XXVI, Montréal, polycopié 1974, pp. 175-204, et voir E. CAPARROS, «Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C. sur la famille», (1975) 16 *C. de D.* 621-643, spéc. n^{os} 34 à 40, pp. 635-639.

¹⁵ cf. O.R.C.C., Rapport sur le Code civil, vol. 1: *Projet de Code civil*, Québec, E.O.Q., 1977, Liv. II, arts. 53-56, pp. 64-67 et vol. II, tom. I, *Commentaires*, pp. 144-148; et voir E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, Sorej, 1981, n^{os} 54-58, pp. 34-37.

¹⁶ cf. Assemblée Nationale du Québec, 31^e lég., 6^e sess., Projet de loi n^o 89: Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, Première lecture, le 5 mars 1980, arts. 450 à 461 du *C.c.Q.*; et voir E. CAPARROS, *op. cit.* note 15, n^{os} 399-403, pp. 246-249.

¹⁷ cf. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Sanctionnée le 19 déc. 1980. Il s'agit désormais des articles 440 à 462, du *C.c.Q.*, et voir E. CAPARROS, «Le régime primaire dans le nouveau Code civil du Québec: quelques remarques critiqués», (1981) 22 *C. de D.* 325-336, aux pp. 329-335.

¹⁸ cf. à titre d'exemple, Hollande: *loi du 14 juin 1956*, notamment l'art. 164a du *BW*, modifié par cette loi; France: *loi n^o 65-670 du 13 juillet 1965*, notamment l'art. 215, *C.c.fr.*, modifié par cette loi.

¹⁹ en exemple, Ontario: *The Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2, arts. 38-49; Alberta: *The Matrimonial Property Act*, S.A. 1978, c. 22, arts. 19-30; Nouveau-Brunswick: *Marital Property Act*, S.N.-B. 1980, c. M-1. 1, arts. 16-32; Nova Scotia: *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, c. 9, arts. 8-1.

²⁰ Pour un exposé critique dans le contexte du régime primaire voir E. CAPARROS, *Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois*, Montréal, P.U.M., 1975, n^{os} 310-345, pp. 306-329 et n^{os} 353-362, pp. 334-340. Voir aussi E. CAPARROS, *loc. cit.*, *supra* notes 9, 11, 13, 14 et 17 et *op. cit. supra.*, note 15.

l'un des conjoints, ou les deux, est propriétaire de la résidence²¹. Il est impossible d'affirmer, dès lors, que la résidence familiale est bien protégée au Québec. Nous aurons l'occasion de le préciser dans ce rapport.

3. DÉLIMITATION DU SUJET ET PLAN.

8. *Délimitation du sujet.* L'ampleur du sujet que nous devons développer nous autorise à renvoyer le lecteur (suivant en cela la suggestion du Rapporteur général) au Rapport sur «L'État et le logement» pour toutes les questions concernant la législation favorisant l'accès à la propriété et les programmes de construction et d'attribution de bâtiments sociaux. Notre Rapport se limite à l'étude du logement familial et aux moyens de protection prévus normalement dans le *Code civil*.

9. *Plan.* Nous envisagerons le statut du logement familial pendant la vie commune (chapitre I) et lors de la cessation de la vie commune (chapitre II).

I.- LE STATUT DU LOGEMENT FAMILIAL PENDANT LA VIE COMMUNE.

10. *Introduction.* La nature du droit qui assure le logement familial ouvre des voies différentes pour la protection juridique de ce logement. Il sied donc d'étudier la résidence familiale assurée par un droit personnel avant de prendre en considération cette même résidence mais assurée par un droit réel.

²¹ Selon des renseignements fournis par M. Pierre Tessier (Ministère de la justice du Québec, service de la statistique, de gestion et d'évaluation), que nous tenons à remercier, il y a eu 4 866 déclarations de résidences enregistrées entre avril et décembre 1981. Selon les dernières données publiées par Statistique Canada (*Recensement 1976*: vol. 3: *Logement et ménages*, Ottawa, Min. Ap. et Ser., 1978, cat. 93-804, pp. 11-13) il y avait 836 165 ménages propriétaires de leur résidence. Ce chiffre correspond au 57,3% des couples mariés au Québec (il y avait selon Statistique Canada — *Estimation de la population selon l'état matrimonial, l'âge et le sexe*, 1980 provisoire, Ottawa, Min. Ap. et Serv. 1982, cat. 91-203, p. 18-1 459 300 couples mariés au Québec). Si l'on considère que le pourcentage de couples dont la résidence appartient à l'un ou aux deux n'a pas changé depuis 1976 — nous n'avons pas d'autres données — les 4 866 enregistrements correspondent au 0,584% des gens mariés propriétaires.

Il est intéressant de souligner que le nombre d'instances en séparation de corps et en divorce entre avril et décembre 1981 était de 23 807 (renseignements fournis par M. Claude Langevin, Direction générale des greffes du Ministère de la justice du Québec, que nous tenons à remercier). Si l'on prend le 57,3% de ce chiffre — pour garder le pourcentage de couples propriétaires — l'on arrive à 13 641 couples propriétaires en instance de séparation de corps ou de divorce. Et si l'on fait l'hypothèse que les 4 866 déclarations de résidence enregistrées l'ont été par des couples en crise, cela ne correspond qu'au 37,8% des couples propriétaires en crise. Nous tenons à remercier Me Guy Dallaire pour l'aide qu'il nous a apporté dans la cueillette de ces données.

1. LA RÉSIDENCE FAMILIALE ASSURÉE PAR UN DROIT PERSONNEL.

11. *Plan.* Le droit au bail est celui qui a retenu l'attention du législateur québécois dans les dernières années, afin de limiter les droits du titulaire dans le but de protéger la famille; il convient de l'étudier dès l'abord. Mais le droit québécois connaît aussi une institution de *Common Law*, intégrée dans son ordonnancement juridique: le *Homestead*. Malgré sa portée limitée, il sied d'en faire état par la suite.

1.1 *Le droit au bail.*

12. *Généralités.* Les deux Codes civils actuellement en vigueur au Québec (le *Code civil du Bas-Canada* et le *Code civil du Québec*) contiennent des dispositions visant la protection du logement familial. Dans la réglementation du louage des choses (dans le *C.c.B.-C.*), un droit au maintien dans les lieux a été établi depuis 1979²²; il convient de l'étudier en premier lieu. Par ailleurs, la réglementation du régime primaire (dans le *C.c.Q.*) offre la possibilité d'une protection du droit au bail pendant la vie commune, que nous présenterons en second lieu.

a) LA RÉSIDENCE FAMILIALE PROTÉGÉE PAR LA RÉGLEMENTATION DU LOUAGE DES CHOSSES.

13. *Plan.* Le maintien dans les lieux est accordé au conjoint, à d'autres parents et au concubin²³; il sied de souligner l'importance de la vie commune comme source du maintien dans les lieux. Toutefois, le Code prévoit aussi la subrogation de la personne qui reste dans les lieux aux droits et obligations du locataire²⁴.

14. *La vie commune source du maintien dans les lieux.* Hormis le cas du conjoint, qui obtient le droit au maintien dans les lieux comme conséquence du mariage, pour les autres personnes (parent, allié, concubin) le droit a comme source la vie commune. Pour que ces personnes puissent jouir du droit au maintien dans les lieux le Code exige qu'elles aient habité avec le locataire depuis au moins six mois. Il est donc permis d'affirmer que la vie commune est la source du maintien dans les lieux. Elle l'est aussi dans le cas du mariage (Les époux «sont tenus de faire vie commune»²⁵) même si, pour le conjoint, le Code n'exige pas que cette vie commune ait existé pendant au moins six mois. La vie commune donne donc ouverture au maintien dans les

²² cf. L.Q. 1979, c. 48, a. 111.

²³ cf. art. 1657.2, *C.c.B.-C.*

²⁴ cf. art. 1657.2, *C.c.B.-C.*

²⁵ Art. 441, al. 3, *C.c.Q.*

lieux, mais c'est cette permanence dans les lieux loués, après la cessation de la cohabitation, qui ouvre la voie à la subrogation.

15. *Le maintien dans les lieux source de subrogation.* C'est toujours l'article 1657.2 (*C.c.B.-C.*) qui régleme cette question. Ainsi, la personne (conjoint, parent, allié, concubin du locataire) qui «continue d'occuper le logement et s'il en avise le locateur dans les deux mois de la cessation de la cohabitation», «a envers le locateur les droits et les obligations résultant du bail» qui existait entre les deux parties au contrat. Il s'agit donc d'une subrogation personnelle, établie par la loi. Cependant, c'est la permanence dans les lieux loués qui donne ouverture à la subrogation réglementée par le Code. Elle est aussi sujette à la condition de l'avis au locateur dans un délai précis (deux mois) de la cessation de la cohabitation. Bien que le délai soit précis, sa computation peut comporter certaines difficultés, notamment la fixation du *dies a quo* dans les cas où la cohabitation n'a pas cessé brusquement à une date donnée. Toutefois, comme il s'agit d'une mesure de protection de la résidence de la personne qui cohabitait avec le locataire, il nous semble que l'on devrait prendre comme *dies a quo* celui dans lequel il y aura certitude de la cessation de la cohabitation. Par ailleurs, le conjoint (parent, allié, concubin) pourrait aussi donner l'avis au locateur dès que le locataire a quitté les lieux loués sans motif et sans indication de retour, à condition, bien sûr, que le conjoint préfère être subrogé aux droits du locataire.

Cette protection de la résidence familiale par l'article 1657.2 du *C.c.B.-C.*, et bien qu'elle ait la vie commune comme source, n'est mise en oeuvre que lors de la cessation de la cohabitation. En revanche, la protection que l'on retrouve dans la réglementation du régime primaire pourrait être plus efficace pendant la vie commune.

b) LA RÉSIDENCE FAMILIALE PROTÉGÉE PAR LA RÉGLEMENTATION
DU RÉGIME PRIMAIRE.

16. *Plan.* Il sied de retenir deux aspects en relation avec l'article 451 du *C.c.Q.* le principe de la limitation des droits de l'époux locataire et l'avis au locateur comme condition nécessaire à la limitation de ces droits.

17. *Le principe de la limitation des droits de l'époux locataire.* Soulignons dès l'abord que, dans le contexte du régime primaire, le Code ne protège que les droits des conjoints. En principe, l'époux locataire ne peut exercer seul des droits (sous-location, cession, résiliation du bail) qui auraient comme conséquence de priver son conjoint, ou sa famille, de la résidence principale assurée par un bail. Ces actes exigent le consentement écrit du conjoint du locataire. La protection serait fort efficace si cette limitation était imposée du simple fait que le logement servait de résidence principale à la famille,

car alors il aurait suffi, en cas de contestation, d'établir en preuve ce fait de l'utilisation par la famille, pour permettre la demande en nullité de l'acte posé seul par le locataire. Le législateur a, cependant, préféré assortir la limitation aux droits du locataire et sa sanction d'une condition: l'avis au locateur.

18. *L'avis du locateur: condition nécessaire à la limitation des actes du locataire et à leur sanction.* Ainsi, le principe de la limitation des droits du locataire voit son efficacité amoindrie. Pour que le logement soit efficacement protégé, le locateur doit être en possession d'un avis de l'un ou l'autre des conjoints faisant état que le logement servait de résidence principale de la famille. La rédaction de l'article 451 est telle que l'avis au locateur devient une condition de la limitation des droits du locataire et du recours éventuel en nullité de son conjoint. Donc dans l'absence de l'avis, le locataire pourra agir à sa guise et son conjoint n'aura aucun recours. Afin de faciliter la transmission de l'avis au locateur, la Régie du logement a inclus dans la formule de bail qu'elle met à la disposition du public, un texte afin de faciliter cet avis. Mais ces formules de bail préparées par le Régie ne sont pas obligatoires; il arrive même assez souvent, notamment dans les grands immeubles à logements dont le propriétaire est une compagnie, que l'on soit face à un contrat d'adhésion préparé par le propriétaire; l'avis concernant la résidence familiale n'est pas obligatoire et par conséquent il peut ne pas se trouver dans le contrat offert pour signature. Dès lors, le régime primaire ne protège le logement de la famille que dans les cas où un avis est donné au locateur. Même si en présence de l'avis la protection est complète, elle demeure aléatoire et dépend plutôt de la volonté du titulaire du bail ou de son conjoint que de la loi. Le locataire ne nous semble pas qu'il soit trop porté à donner l'avis; son conjoint pourra bien omettre de le faire pour éviter de manifester un manque de confiance. Certes, si les deux sont présents lors de la signature du bail et que le contrat d'adhésion qu'on leur présente les informe sur l'avis, il est probable qu'il soit donné. Dans les autres cas, il nous semble que le logement ne sera pas protégé. Le droit québécois prévoit aussi un autre mode, fort particulier, de protection de la demeure familiale: le *Homestead*.

1.2 *Le Homestead.*

19. *Une protection limitée contre les créanciers ordinaires.* La loi sur la protection des colons²⁶ permet au concessionnaire d'une terre publique de choisir, par déclaration solennelle, un maximum de cent acres pour créer un patrimoine de famille (*homestead*). Ce choix doit être posé dans les trois mois de l'émission des lettres patentes et la déclaration doit être enregistrée,

²⁶ L.R.Q. 1977, c. P-38.

dans le même délai, au bureau d'enregistrement. La partie de la terre ainsi qualifiée de patrimoine de famille devient insaisissable aux créanciers ordinaires pendant les quinze années qui suivent l'enregistrement²⁷. Cette période pourrait être plus courte, si le colon avait occupé la terre plus de cinq années avant l'émission des lettres patentes²⁸. Cependant, l'enregistrement d'une déclaration de *homestead* ne limite pas les droits du propriétaire; il peut, en effet aliéner sa terre ou une partie, et même le *homestead*, tant à titre gratuit qu'onéreux²⁹. Il s'agit donc d'une mesure de protection fort limitée; elle l'est par son champ d'application, puisqu'elle ne concerne que les concessionnaires de terres publiques; elle l'est aussi parce qu'elle n'existe que lorsque le propriétaire a enregistré sa déclaration; elle est limitée en outre, car elle n'accorde qu'une protection indirecte à la résidence familiale en faisant sortir le *homestead* du gage commun des créanciers ordinaires du propriétaire. Il suffit donc de la signaler. Nous la rangeons parmi les droits personnels car, bien que la terre soit détenue par un titre de propriété, il nous semble que le *homestead*³⁰ n'est certes pas un droit réel.

Il sied, maintenant, de se pencher sur la résidence familiale assurée par un droit réel.

2. LA RÉSIDENCE FAMILIALE ASSURÉE PAR UN DROIT RÉEL.

20. *Champ d'application.* Lorsque la résidence familiale est assurée par un droit réel le Code civil prévoit des mécanismes de protection tant lorsque le titre est un droit de propriété que lorsque le titre est un autre droit réel (usufruit, emphytéose ou droit d'usage).

2.1 *La résidence familiale assurée par un droit de propriété.*

21. *Généralités.* Des mesures de protection de deux ordres sont à retenir. Celles qui visent directement la protection de la demeure par la voie du régime primaire et celles qui, ayant comme but premier la sauvegarde du droit au partage dans certains régimes secondaires, peuvent protéger la demeure familiale par ricochet.

²⁷ *cf. id.*, art. 3.

²⁸ *cf. id.*, art. 5.

²⁹ *cf. id.*, art. 6.

³⁰ Pour une étude plus complète de cette institution du droit des États-Unis et de ses ramifications dans d'autres pays, *cf.* E. CAPARROS, *op. cit.*, *supra* note 20, n^{os} 111 à 121, pp. 113 à 123.

a) LA PROTECTION DIRECTE MITIGÉE PAR LES TECHNIQUES DE L'ENREGISTREMENT.

22. *Plan.* La réglementation du régime primaire³¹ contient des mesures de protection de la résidence familiale lorsque l'un des conjoints en est propriétaire: il s'agit du principe exigeant le consentement des deux conjoints pour pouvoir disposer de la résidence principale de la famille. Cependant, comme la sanction imposée à l'acte posé par le propriétaire sans le consentement de son conjoint est sujette à la condition de l'enregistrement d'une déclaration de résidence, le principe est fortement mitigé, car dans l'absence d'enregistrement la sanction est inefficace pour protéger la résidence familiale.

23. *Le principe du consentement des deux conjoints pour pouvoir disposer de la résidence principale de la famille.* Le Code distingue entre l'immeuble de moins de cinq logements (a. 452) et celui de cinq logements et plus (a. 453). Dans tous les cas le principe est à l'effet que l'époux propriétaire ne peut l'aliéner sans le consentement de son conjoint, lorsqu'il sert, en tout ou partie, de résidence principale de la famille, et qu'il ne peut, non plus, louer, sans ce consentement, la partie réservée à l'usage de la famille. En outre, lorsque l'immeuble a moins de cinq logements, l'époux propriétaire ne peut non plus le grever d'un droit réel sans le consentement de son conjoint. Le principe semble donc viser une protection directe de la résidence familiale, et si l'époux propriétaire d'un immeuble de cinq logements ou plus conserve le droit de le grever de droits réels tout seul, c'est parce que l'on a considéré que dans ce cas, et bien que sa famille occupe une partie, il s'agissait fondamentalement d'un immeuble à revenus. Mais la technique de l'enregistrement d'une déclaration de résidence dont le législateur a assorti le principe pour atteindre une protection efficace a mitigé considérablement la portée de la protection.

24. *L'inefficacité de la sanction dans l'absence d'enregistrement.* Si une déclaration de résidence a été préalablement enregistrée contre l'immeuble et l'époux propriétaire pose seul l'un des actes exigeant le consentement de son conjoint, celui-ci, s'il n'a pas ratifié l'acte, peut demander toujours la nullité de l'acte concernant l'immeuble de moins de cinq logements, et dans celui de cinq logements ou plus il peut demander la nullité de l'acte de location ou, encore, exiger du nouveau propriétaire qu'il lui consente un bail des lieux déjà occupés comme résidence principale de la famille. Dès lors, lorsqu'il y a eu une déclaration de résidence enregistrée par les conjoints ou par l'un d'eux, la sanction protège certes et fort bien la résidence familiale. Mais si cette déclaration n'est pas enregistrée — et les données dont nous disposons indiquent que le nombre de déclarations de résidences enregistrées cons-

³¹ cf. arts. 452 et 453, C.c.Q.

titue un pourcentage très restreint³² alors les sanctions, si jamais elles existent, ne sont pas efficaces pour protéger la résidence familiale. Quelle serait l'utilité d'un recours en dommages-intérêts lorsque le conjoint se retrouve, éventuellement avec ses enfants, sur le trottoir à quelques 20° ou 30° sous zéro? L'injonction pourrait avoir une certaine efficacité, mais à condition que le conjoint du propriétaire puisse savoir d'avance que son époux est sur le point de vendre la maison, car une fois vendue, l'injonction devient tout aussi inefficace pour protéger la résidence familiale que le recours en dommages-intérêts. Ainsi donc, cette technique de l'enregistrement mitige, pour ne pas dire qu'elle anéantit, l'efficacité du principe qui aurait eu une portée considérable si la sanction n'avait pas été rattachée à l'enregistrement, mais au simple fait de l'utilisation de l'immeuble par la famille³³. Cependant, la demeure pourrait être protégée par ricochet par des régimes secondaires.

b) LA PROTECTION PAR RICOCHET LIMITÉE DANS SON CHAMP D'APPLICATION.

25. *Plan.* Les régimes matrimoniaux de partage de biens (notamment la société d'acquêts et les communautés) exigent dans certains cas le consentement des deux conjoints pour des actes de disposition. Cependant la mise en œuvre de ce principe a un champ d'application limitée et la protection est fort ténue.

26. *Le principe du consentement des deux conjoints pour des actes de disposition.* Ce principe, dans les régimes de partage de biens, ne vise pas directement la protection de la résidence familiale, mais comme elle peut se trouver dans l'un des immeubles dont le Code exige le consentement des deux conjoints pour en disposer, elle pourra être protégée par ricochet. Ainsi le conjoint propriétaire ne pourra pas en disposer seul entre vifs, à titre gratuit si la résidence familiale se trouve dans un immeuble qualifié d'acquêts (a. 494, C.c.Q.) de bien commun (a. 1292, C.c.B.-C.) ou de bien réservé (a. 1425a, C.c.B.-C.). Par ailleurs, dans ces deux derniers cas, il ne pourra pas non plus l'aliéner à titre onéreux, ni le grever d'hypothèque.

27. *La mise en œuvre ténue dans la perspective de la protection de la résidence familiale.* Le but de ces limitations aux *ius abutendi* du propriétaire n'étant pas celui de la protection de la résidence familiale, il est évident que si elle est protégée cela sera par ricochet. Il est certes possible que la résidence familiale soit un acquêt, mais il est fort peu probable que son propriétaire se décide à donner entre vifs l'immeuble. Ainsi, en société d'acquêts la protection par ricochet est fort mince. En revanche, en communauté de biens

³² Voir *supra*, note 21.

³³ Cf. pour d'autres remarques E. CAPARROS, *loc. cit.*, *supra*, note 17, nos 16 à 21, pp. 331-332.

les actes exigeant le consentement du conjoint sont plus nombreux, et même si les immeubles reçus à titre gratuit d'ascendants sont propres (a. 1276, *C.c.B.-C.*), il y a plus de chances que la résidence familiale puisse être protégée par ricochet, puisqu'en société d'acquêts sont aussi propres tous les biens reçus à titre gratuit (a. 482, 2°).

Lorsque la résidence familiale est assurée par un droit de propriété il est possible de constater que le législateur québécois semble avoir préféré le propriétaire à sa famille. Il sied maintenant d'étudier la situation de la résidence lorsqu'elle est assurée par un autre droit réel.

2.2 *La résidence familiale assurée par d'autres droits réels.*

28. *Généralités.* Il est possible que la résidence familiale soit assurée par un droit réel, autre que le droit de propriété. Mais lorsque l'un des époux est l'usufruitier, l'emphytéote ou l'usager de l'immeuble qui sert de logement à la famille, la seule protection qui existe est celle accordée par le régime primaire, avec toutes ses limitations³⁴. En effet, l'article 454 établit que le titulaire de ces droits réels est soumis aux articles 452 et 453. Cependant, les régimes secondaires n'offrent pas de protection dans ce domaine; le consentement du conjoint n'étant requis que lorsque l'immeuble est la propriété de son époux.

29. *Conclusion:* Ainsi la volonté du législateur québécois de protéger le logement familial pendant la vie commune n'est pas aussi ferme qu'elle pourrait apparaître à première vue. En effet, les techniques choisies pour mettre en œuvre le principe de la limitation des droits du titulaire dans le but de protéger la résidence familiale, s'avèrent fort peu efficaces, notamment parce qu'elles dépendent de la volonté des conjoints, plutôt que d'une disposition du Code accordant au fait de l'utilisation du logement par la famille un effet de limitation des droits du titulaire. Il convient maintenant de s'attarder au statut du logement familial lors de la cessation de la vie commune.

II.- LE STATUT DU LOGEMENT FAMILIAL LORS DE LA CESSATION DE LA VIE COMMUNE.

30. *Introduction.* Lorsque la vie commune cesse soit naturellement, par le décès, ou judiciairement (annulation du mariage, séparation de corps ou divorce) le Code civil contient, dans la réglementation du régime primaire, des dispositions permettant de régler le sort de la résidence familiale. Par ailleurs, en cas de décès, et lorsque les époux étaient mariés en société d'acquêts, le conjoint survivant jouit des droits concernant la résidence familiale.

³⁴ Voir *supra*, n^{os} 22-24.

1. LE SORT DE LA RÉSIDENCE FAMILIALE
LORS DE LA CESSATION DE LA COHABITATION.

31. *Plan.* Trois aspects sont à retenir: le maintien dans les lieux loués et l'attribution préférentielle du bail; la possibilité de radiation de l'enregistrement de la déclaration de résidence et, enfin, la problématique de la prestation compensatoire.

1.1 *Le maintien dans les lieux et l'attribution préférentielle du bail.*

32. *Généralités.* Concernant la résidence familiale assurée par un bail le droit québécois est établi dans ses deux Codes. La réglementation du louage (qui se retrouve toujours dans le *Code civil du Bas-Canada*) offre la protection du maintien dans les lieux. Par ailleurs, le régime primaire, accorde au conjoint du locataire le droit de demander l'attribution préférentielle du bail.

a) LE MAINTIEN DANS LES LIEUX.

33. *Plan.* Il sied de se limiter au champ d'application, aux conditions d'application et aux effets du maintien dans les lieux prévus aux articles 1657.2 et 1657.3 du *C.c.B.-C.*

34. *Le champ d'application.* Dans le contexte du louage, le droit au maintien dans les lieux loués est accordé à toute personne (conjoint, parent, allié, concubin, a. 1657.2) qui cohabite avec le locataire depuis au moins six mois (sauf pour le conjoint). Et c'est lorsque la cohabitation cesse, de quelque façon que la cessation ait eu lieu, que ce droit peut être exercé. Par ailleurs, si la cohabitation cesse par le décès du locataire, le Code prévoit (a. 1657.3) que toute personne qui habite avec lui à ce moment, peut jouir du droit au maintien dans les lieux. Ainsi donc, le champ d'application est plus restreint lorsque la vie commune cesse du vivant du locataire que lorsque celui-ci décède.

35. *Condition d'application.* Dans tous les cas, cependant il n'y a qu'une condition d'application du maintien dans les lieux: la personne qui demeure dans les lieux doit aviser le locateur dans les deux mois de la cessation de la cohabitation ou du décès. La computation du délai est facile dans le cas du décès. La cessation de la cohabitation, en revanche, peut comporter des difficultés qui ont été déjà soulignées (*supra*, n° 15).

36. *Les effets: la subrogation personnelle.* Comme il a été indiqué plus haut (*supra*, n° 15) l'avis fait au locateur dans le délai imparti, opère la subrogation personnelle de l'occupant aux droits et obligations du locataire parti ou décédé. L'absence d'avis dans les deux mois comporte-t-elle la perte du droit

au maintien dans les lieux et, par conséquence, la libération du locateur? Si l'on considère le second alinéa de l'article 1657.3 il faudrait répondre affirmativement à cette question. En effet, cet alinéa accorde à l'héritier ou au légataire le droit de résilier le bail, en donnant au locateur un avis d'un mois, si personne ne se prévaut du droit au maintien dans les lieux dans le délai prévu. Dans le cas de la cessation de la cohabitation, il ne sied pas de prévoir une telle disposition, mais, si la condition du maintien dans les lieux est l'avis au locateur, il est permis de conclure que, juridiquement, le locateur ne serait plus obligé de permettre à l'occupant de rester dans les lieux et que ce dernier aurait perdu son droit. Il est facile de constater l'importance de la fixation du *dies a quo* pour la computation du délai, d'autant plus qu'il apparaît comme un délai de rigueur.

b) L'ATTRIBUTION PRÉFÉRENTIELLE.

37. *Plan.* L'article 457 du *Code civil du Québec* régleme la attribution préférentielle du bail, que l'on peut étudier en établissant son champ d'application, ses conditions d'application et ses effets.

38. *Champ d'application.* Le régime primaire, dont l'article 457 est l'un des éléments, ne concerne que les conjoints et ce n'est que l'un des époux qui pourra en faire la demande. En outre, elle ne peut être formulée qu'en cas de séparation de corps, divorce ou annulation du mariage. Le champ d'application est donc plus restreint que dans la réglementation du louage, car seulement les époux peuvent demander l'attribution préférentielle et dans les seuls cas où il y a rupture juridique de la vie commune.

39. *Conditions d'application.* Le même article 457 dispose que l'attribution préférentielle est du ressort du tribunal. Le conjoint non locataire désireux d'obtenir le logement devra le demander au tribunal, lors de l'instance en séparation de corps, divorce ou annulation du mariage. Le Code ne prévoit pas d'autres conditions, il ne donne pas au tribunal des critères selon lesquels pourra se faire l'attribution préférentielle. Il est possible que, lorsqu'il y a des enfants, le conjoint non locataire qui en obtient la garde puisse aussi se voir attribuer le logement, s'il en fait la demande. À notre connaissance les tribunaux n'ont pas eu encore à se prononcer sur cette question.

40. *Les effets: la subrogation personnelle.* Toujours selon l'article 457, le jugement, attribuant le logement au conjoint du locataire, lie le locateur, dès qu'il lui est signifié, et libère le locataire des droits et obligations résultant du bail. L'effet du jugement est donc la subrogation personnelle du locataire par son conjoint. Il ne s'agit pas d'un nouveau bail, mais du remplacement du locataire originaire par son conjoint, qui est ainsi subrogé aux droits et obligations du premier.

41. *Conclusion.* Ainsi dans les deux cas (réglementation du louage ou régime primaire) la personne qui cohabite avec le locataire ou son conjoint est subrogé aux droits du titulaire du bail. Dans le premier cas, suite à l'avis au locateur, la loi édicte la subrogation; dans le second, le jugement d'attribution préférentielle arrive au même effet. Cependant les circonstances dans lesquelles le logement peut ainsi être retenu par celui qui cohabite ou par le conjoint du locataire sont, comme il a été indiqué, différentes.

1.2 *La possibilité de radiation de l'enregistrement de la déclaration de résidence.*

42. *Généralités.* La déclaration de résidence familiale et son enregistrement visent la limitation du *ius abutendi* du propriétaire afin d'empêcher un geste qui pourrait aboutir à la disposition de la résidence familiale. Le but n'étant pas de forcer la famille à demeurer toujours au même endroit, ni celui de limiter les droits du propriétaire alors que l'union conjugale a cessé d'exister, il est de mise de prévoir les circonstances dans lesquelles l'enregistrement de la déclaration de résidence pourra être radié, le propriétaire récupérant alors l'exercice de son *ius abutendi*. Le législateur québécois a prévu ces mesures lors de la dernière réforme, les introduisant dans le titre de l'enregistrement du *Code civil du Bas-Canada*, plus précisément, aux articles 2148.1 et 2150³⁵. Il convient de les regrouper sous deux aspects: la radiation comme suite d'un comportement juridique des époux et la radiation comme conséquence de la constatation d'un fait. Elles nous permettront de voir que pour donner ouverture à la radiation il faut qu'il y ait un changement dans les circonstances qui avaient permis l'enregistrement de la déclaration de résidence.

a) LA RADIATION COMME SUITE DU COMPORTEMENT JURIDIQUE DES ÉPOUX.

43. *Plan.* Cette radiation peut se produire par la mise en œuvre de la volonté des époux, qui manifestent le désir de changer leur résidence familiale. La radiation peut être demandée aussi lorsque la vie commune a cessé entre les conjoints.

44. *La mise en œuvre de la volonté des époux.* Du moment qu'une déclaration de résidence est enregistrée contre un immeuble, le propriétaire ne peut plus l'aliéner ou le grever sans le consentement de son conjoint. Mais ensemble, ils peuvent agir avec la plus grande liberté³⁶. Il était de mise que l'enregistrement puisse être radié lorsque «les époux y consentent» (a. 2148.1,

³⁵ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, arts. 55 et 56.

³⁶ *cf.* arts. 452, 453 et 454, C.C.Q.

1°) ou encore lorsque «l'immeuble a été aliéné du consentement des époux» (a. 2148.1, 5°). Par ailleurs, le *Code civil du Québec* prévoit: «un époux peut être autorisé par le tribunal à passer seul un acte pour lequel le consentement de son conjoint serait nécessaire, s'il ne peut l'obtenir pour quelque cause que ce soit ou si le refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille» (a. 456). La radiation sera aussi possible si l'aliénation de l'immeuble est faite par l'époux propriétaire avec l'autorisation du tribunal³⁷ (a. 2148.1, 5°, *C.c.B.-C.*), même si dans ce cas la demande doit être accompagnée d'une copie du jugement autorisant l'aliénation (a. 2148.1, dernier alinéa, *C.c.B.-C.*).

45. *La cessation naturelle et juridique de la vie commune.* Ensemble les époux peuvent disposer comme ils l'entendent de la résidence familiale, mais lorsque la vie commune cesse, le législateur considère que la protection de la résidence familiale doit aussi cesser. Certes, il s'agit de la cessation naturelle ou juridique (décès, séparation de corps, divorce ou annulation du mariage, a. 2148.1, 2°, 3°, 4°, *C.c.B.-C.*) qui donne ouverture à la demande de radiation de l'enregistrement de la déclaration de résidence familiale. Et encore ici, la demande doit être accompagnée du certificat de décès ou d'une copie du jugement (a. 2148.1, dernier alinéa, *C.c.B.-C.*). Par ailleurs, la séparation de fait ne permet pas de demander la radiation sous ces chefs, même si dans certains cas l'époux propriétaire pourrait se prévaloir de l'autorisation du tribunal pour aliéner ou grever l'immeuble, ou encore des circonstances prévues à l'article 2150 du *C.c.B.-C.* Mais dans tous les cas, aussi bien pour aliéner que pour demander la radiation, il faut que le jugement soit rendu. Ce n'est donc pas, par exemple, pendant l'instance en séparation de corps que la radiation pourra être demandée³⁸.

b) LA RADIATION COMME CONSÉQUENCE DE LA CONSTATATION D'UN FAIT.

46. *Plan:* L'enregistrement de la déclaration de résidence est basé sur un fait: l'immeuble sert de résidence principale de la famille, il est donc normal que le changement d'utilisation de l'immeuble donne ouverture à la demande de radiation de l'enregistrement. C'est aussi dans le *Code civil du Bas-Canada*, au second alinéa de l'article 2150, introduit dans ce code lors de la réforme de 1980³⁹, que se trouve réglementé cette possibilité. Il sied d'étudier le changement de l'utilisation de l'immeuble et la constatation judiciaire du changement.

47. *Le changement de l'utilisation de l'immeuble.* Lorsque l'immeuble cesse de servir comme résidence familiale, la radiation de l'enregistrement doit

³⁷ cf. *Beauséjour c. Giard*, C.S. Montréal, 22 déc. 1981, J.E. 82-75.

³⁸ cf. *Tétreault c. Corbières*, [1981] C.S. 1045.

³⁹ cf. *supra*, note 35.

être ordonnée, édicte le second alinéa de l'article 2150, *C.c.B.-C.* Mais, quand ce changement se produit-il? Comme il s'agit de la résidence *principale* de la famille, il est permis d'affirmer que lorsque l'immeuble, jadis résidence principale, devient résidence secondaire, le changement s'est produit. C'est le cas, notamment, du banlieusard qui décide de demeurer au centre de la ville, tout en conservant comme résidence secondaire l'immeuble en banlieu, ou encore la situation opposée, par exemple, à l'âge de la retraite. Ces cas, qui ne semblent pas trop difficiles à résoudre, pourraient d'ailleurs être réglés par la manifestation de la volonté des époux (a. 2148.1, 1° et 5°, *C.c.B.-C.*) puisque, normalement la famille ne sera pas en crise. Peut-on affirmer que la résidence ne sert plus à la famille lorsque, par exemple, les enfants l'ont quittée, même si les époux y demeurent toujours? Il ne nous semble pas qu'alors la résidence ne soit plus une résidence familiale. Les circonstances les plus difficiles seront celles dans lesquelles la famille sera en crise et alors, l'appréciation des faits est laissée aux tribunaux.

48. *La constatation judiciaire du changement.* Nos tribunaux n'ont pas eu encore le temps de se prononcer sur les nombreuses questions litigieuses qui pourraient surgir dans ce domaine. À notre connaissance il n'y a que des jugements de première instance concernant des requêtes en radiation de l'enregistrement d'une déclaration de résidence. Dans la premier en date⁴⁰, le tribunal ordonne la radiation puisque l'enregistrement avait été fait sans droit⁴¹; le mari avait enregistré la déclaration contre l'immeuble de sa femme alors que les époux vivaient séparés de fait. Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'un changement de l'usage après l'enregistrement, mais plutôt de l'enregistrement fait contre un immeuble qui ne servait pas à l'époque de résidence familiale. Dans un autre jugement⁴², le propriétaire demande la radiation de l'enregistrement, se basant sur l'article 2150, *C.c.B.-C.*, puisque son conjoint ne demeurait plus à la résidence familiale. Cependant comme s'était à la suite de mesures provisoires, pendant l'instance en séparation de corps, que le conjoint du propriétaire avait quitté la résidence familiale, le tribunal considère que le changement de l'usage n'est pas dû à l'intention des parties⁴³,

⁴⁰ cf. *Lanoix c. Gervais*, C.S. Montréal, 29 juin 1981, J.E. 81-810.

⁴¹ cf. aussi *Lévesque c. Cusson*, C.S. Montréal, le 1^{er} février 1982 dans lequel la cour ordonne la radiation d'un enregistrement sur une résidence secondaire, J.E. 82-237.

⁴² cf. *Tétrault c. Corbières*, C.S. Montréal, 30 novembre 1981, J.E. 81-1140.

⁴³ Le tribunal cité *Pelletier c. Duchesne*, C.S. Hull, n° 05-00 794-81, J.R. Chevallier dans lequel il est ordonné la radiation de l'enregistrement alors que l'épouse avait quitté la résidence depuis plus de neuf mois. Depuis la rédaction de cet article, il y a eu un certain nombre de décisions concernant la résidence familiale. Il nous est impossible de les intégrer dans le texte, mais il convient d'en donner les références: *Lévesque c. Cusson*, C.S. Montréal, 1^{er} fév. 1982, J.E. 82-237; *Brossard c. Turcotte*, [1982] R.P. 244; *Couture c. Rosa*, C.S. St-François, 26 oct. 1982, J.E. 82-1173; *Droit de la famille 9*, C.S. Terrebonne, 10 déc. 1982, J.E. 83-100; *Droit de la famille 12*, C.S. Montréal, 16 déc. 1982, J.E. 83-132.

mais à la décision du tribunal, qui peut d'ailleurs être changée, si les circonstances le justifient.

Il apparaît que la séparation de fait pourrait donner ouverture à la radiation au chef du changement de l'usage de la résidence et il apparaît aussi que la radiation ne pourra être obtenue, lors de la cessation juridique de la vie commune, que lorsque le jugement sur le fond aura été rendu.

49. *Conclusion.* Il est évident que la protection de la résidence familiale par la voie de l'enregistrement de la déclaration est limité aux conjoints, et que les circonstances qui donnent ouverture à la radiation de l'enregistrement de la déclaration ne prennent pas en considération les familles monoparentales. Le Code n'a rien prévu pour ces situations. Pour établir une protection dans ces cas il serait nécessaire de permettre aux enfants d'intervenir⁴⁴. Mais le sort de la résidence familiale pourrait aussi se régler par la voie de la prestation compensatoire.

1.3 *La problématique de la prestation compensatoire.*

50. *Généralités.* Afin de préciser la terminologie, il convient de souligner que la prestation compensatoire du droit québécois diffère profondément des prestations compensatoires du droit français⁴⁵. La première différence n'est que temporaire: les dispositions concernant la prestation compensatoire en droit québécois sont encore en vigueur seulement depuis le 1^{er} décembre 1982⁴⁶. La seconde, et fondamentale, est qu'en droit québécois la prestation compensatoire vise le transfert de certains droits ou des biens du patrimoine de l'un des conjoints à celui de l'autre à titre de compensation à l'apport d'un des conjoints à l'enrichissement du patrimoine de l'autre. Cette prestation n'est pas de nature alimentaire.

Elle a été établie dans le but d'éviter les injustices auxquelles pouvaient donner lieu les contrats en séparation de biens que les tribunaux appliquent dans toute leur rigueur⁴⁷.

⁴⁴ cf. H. D'ANJOU, P. BRADLEY et J.-G. CAMPEAU, *loc. cit.*, *supra*, note 13, pp. 16-17 et *passim*.

⁴⁵ cf. arts 270-280-1, *C.c.fr.* selon la rédaction de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, portant réforme du divorce (*J.O.* 12 juillet 1975).

⁴⁶ cf. arts 459, 533 et 559, *C.c.Q.* et Décret n° 2314-82, du 6 octobre 1982, (1982) *G.O.Q.* 50, 4153.

⁴⁷ cf. *Decarie c. Lefebvre*, [1977] C.S. 703; *Gagnon c. Dauphinais*, [1977] C.S. 352; *Lévesque c. Faguy*, [1978] C.A. 376; *Lebrun c. Rodier*, [1978] C.A. 380; *Pagé c. Laplante*, [1978] C.S. 725; *Richard c. Beaudoin-Daignault*, [1982] C.A. 66, inf. [1979] C.S. 406. Voir *contra Labelle c. Legaré*, [1978] C.S. 1033. Voir aussi *Invernizzi c. Du Crest*, [1982] C.S. 418.

Il sied d'en étudier les aspects qui se rapportent à la résidence familiale. Dans ce contexte il convient d'établir la portée de la prestation compensatoire et les conflits possibles avec les régimes matrimoniaux.

a) LA PORTÉE DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE.

51. *Plan.* Afin d'établir les contours de cette prestation compensatoire du droit québécois, il sied d'esquisser son champ d'application, ses conditions et ses effets.

52. *Champ d'application.* C'est dans les différents cas de cassation de la vie commune que l'un des conjoints pourra demander au tribunal l'attribution de la résidence familiale à titre de prestation compensatoire. Cela peut se produire aussi bien en cas de décès, que de séparation de corps, divorce ou annulation de mariage. Selon l'article 459 cette prestation compensatoire ne comprend que la résidence familiale dans les cas de décès ou d'annulation du mariage. Cependant les articles 533 (pour la séparation de corps) et 559 (pour le divorce) précisent que la prestation compensatoire pourra comprendre la résidence familiale et d'autres biens. Nous limitant à la résidence familiale, l'article 459 dispose que le tribunal peut attribuer un droit de propriété ou d'habitation, même si, en cas de séparation de corps, le tribunal ne peut attribuer qu'un droit d'habitation. Il est donc possible que la prestation compensatoire protège la résidence familiale, même si le but premier, comme il apparaît à l'étude des conditions, n'est pas nécessairement cette protection.

53. *Conditions d'application.* Pour que le tribunal puisse attribuer à l'un des époux ou au survivant un droit de propriété ou d'habitation de l'immeuble qui servait de résidence principale de la famille, il faut, en premier lieu, que l'autre conjoint soit propriétaire de l'immeuble. Mais l'utilisation comme résidence principale de l'immeuble de l'un des conjoints ne suffit pas. Le Code exige que le conjoint qui en fait la demande de la prestation compensatoire fasse la preuve qu'il a fait un apport à l'enrichissement du patrimoine du propriétaire. Il s'agit donc d'une compensation basée sur l'enrichissement injustifié. Cet apport du conjoint demandeur pourra certes exister en relation directe avec l'immeuble qui servait de résidence principale, mais le Code ne l'exige pas. Du moment que l'on peut faire la preuve que le patrimoine du propriétaire de l'immeuble s'est enrichi à cause d'un apport de son conjoint, il y a lieu de demander la prestation compensatoire. Lorsqu'il a été prouvé, à la satisfaction du tribunal, que le conjoint du propriétaire de l'immeuble a enrichi, par son apport, le patrimoine du propriétaire, les conditions de l'attribution (a. 460) peuvent être fixées par l'accord des parties et, à défaut d'accord, par le tribunal, qui peut même prévoir le paiement d'une soulte si, par exemple, la valeur de l'immeuble dont la propriété est transférée dépasse l'apport à l'enrichissement. Ce même article prévoit que s'il y a soulte elle

peut être payée au comptant ou par versements. Dans ce dernier cas le tribunal devant fixer les modalités de garantie et de paiement. C'est donc l'enrichissement sans cause qui est la pierre d'angle de la prestation compensatoire. Il est donc permis d'affirmer que le but de cette prestation n'est pas, en premier lieu, de protéger la résidence familiale, mais plutôt de permettre un transfert de propriété ou l'attribution, d'un droit réel pour compenser l'appauvrissement du patrimoine de l'un des conjoints, même si la résidence familiale devient l'objet premier de cette dation en paiement⁴⁸.

54. *Les effets de l'attribution judiciaire de la prestation compensatoire.* L'attribution judiciaire d'un droit de propriété, qualifiée à juste titre de dation en paiement, «équivalut à vente» (a. 1592, *C.c.B.-C.*). C'est la raison pour laquelle l'article 461 établit qu'elle est assujettie aux dispositions relatives à la vente. Dès lors, d'un côté, l'attribution judiciaire (dation en paiement) n'est parfaite que par la délivrance de l'immeuble et elle est assujettie aux dispositions relatives à l'annulation des contrats et paiements (a. 1592, al. 2, *C.c.B.-C.*)⁴⁹. En outre, les dispositions relatives à la vente lui sont aussi applicables, et notamment celles concernant la garantie (a. 1506-1531, *C.c.B.-C.*). Il n'est donc pas exclus qu'à la suite de l'attribution judiciaire d'un droit de propriété le conjoint qui a ainsi acquis la résidence familiale puisse poursuivre l'ancien propriétaire par la voie de l'action réhibitoire. Le nouveau propriétaire devra aussi procéder à l'enregistrement de son titre, s'il veut pouvoir l'opposer aux tiers (a. 2097, *C.c.B.-C.*). Par ailleurs, «le jugement, nous dit l'article 462, qui attribue un droit d'usage, d'habitation ou de propriété équivalut à titre et en a tous les effets». La prestation compensatoire constitue donc un véritable transfert de propriété du patrimoine de l'un des conjoints à celui de l'autre, ou encore l'acquisition d'un droit réel sur l'immeuble du propriétaire basé sur l'enrichissement injustifié et indépendamment du régime matrimonial des époux. Cependant cette prestation compensatoire ne va pas sans créer des conflits avec les régimes matrimoniaux.

b) LES CONFLITS POSSIBLES AVEC LES RÉGIMES MATRIMONIAUX.

55. *Plan.* Il est évident que le transfert de propriété, ou la limitation de l'*usus* et implicitement du *fructus*, qui peut s'opérer par la prestation compensatoire a une incidence sur les régimes matrimoniaux et peut être là l'origine de conflits avec les règles du partage. Cependant les conflits ne semblent qu'éventuels lorsqu'il s'agit d'un régime de partage de biens, alors qu'ils

⁴⁸ cf. M. GUY, «Aperçu général des incidences de la loi 89 sur la pratique notariale», [1981] *C.P.N.* pp. 9-30, au n° 65, p. 18.

⁴⁹ cf. arts 991-1012 et 1140, *C.c.B.-C.*

sont possibles, pour ne pas dire probables, dans le cas de la séparation de biens.

56. *Les conflits éventuels avec les régimes de partage de biens.* Ces conflits ne sont qu'éventuels dans le cas des régimes de partage de biens (société d'acquêts et communautés). Car même s'il n'est pas exclus par les textes que la prestation compensatoire puisse se superposer au partage des acquêts ou des biens communs dans ces régimes, il sera plutôt rare que l'on puisse faire la preuve d'un enrichissement injustifié dû à l'apport de l'un des conjoints, puisque déjà les règles de partage de ces régimes prennent en considération des apports même intangibles. En effet, du moment que les biens ont été acquis pendant le régime ils sont des acquêts, et le conjoint du propriétaire a le droit de demander le partage et d'en obtenir la moitié de ces biens. La situation est assez semblable en communauté. Cependant, à cause du droit de la femme à l'égard de ses biens réservés il est possible que son patrimoine se trouve enrichi injustement si, par hypothèse, les biens réservés déficitaires sont versés à la masse commune et elle demande la moitié de cette masse qui aurait pu être appauvrie par les dettes des biens réservés. Il est permis de se demander, par ailleurs, si ce droit de la femme en relation avec ses biens réservés existe encore dans le droit actuel puisque l'article 441, qui est d'ordre public, édicte que les époux ont les mêmes droits et les mêmes obligations, et que la disposition de la loi qui laisse en vigueur la communauté pour les époux qui en était soumis, le fait sous réserve des dispositions impératives de la loi⁵⁰. Quoiqu'il en soit, il semble que la preuve de l'enrichissement injustifié sera plus difficile en régime de partage de biens. Tel n'apparaît pas être le cas du régime de séparation de biens.

57. *Les conflits probables avec les régimes de séparation de biens.* Étant donné que la motivation du législateur pour introduire la prestation compensatoire était de surmonter, dans la mesure du possible, l'obstacle qu'un contrat en séparation de biens constituait pour établir une société de fait⁵¹, il est évident que les demandes de prestation compensatoire se présenteront surtout entre époux contractuellement séparés de biens. La prestation compensatoire touche, par ricochet, la liberté des conventions matrimoniales, puisque, malgré la manifestation de volonté des époux, le tribunal pourra imposer que certains biens soient transférés du patrimoine de l'un à celui de l'autre. En outre, cette prestation, même limitée à la résidence familiale, a comme conséquence de faire disparaître la sécurité en relation avec le partage, ou avec l'absence de partage en séparation de biens.

⁵⁰ cf. art. 66, *L.Q.* 1980, c. 39. Et voir pour une esquisse de ce problème, E. CAPARROS, «Les régimes matrimoniaux secondaires à la lumière du nouveau *Code civil du Québec*», (1982) 13 *R.G.D.* 42-120, au n^{os} 12-13.

⁵¹ cf. *supra*, note 47.

58. *Conclusion.* La prestation compensatoire du droit québécois est un très mauvais exemple en matière de fécondation du droit national par le droit comparé. En effet, dans les provinces canadiennes de *common law* un arrêt de la Cour suprême⁵² avait semé le désarroi et poussé les législateurs de ces provinces à sanctionner des réformes législatives accordant aux conjoints un droit au partage de certains biens (*family assets*) et de la résidence familiale⁵³. Ils avaient ainsi adapté la notion de partage à leurs besoins et à leur système juridique. Mais l'affaire *Murdoch* avait aussi produit un certain malaise au Québec, où l'on oubliait que si les faits avaient été transposés de l'Alberta au Québec, les époux Murdoch auraient été marié sous le régime légal de l'époque, soit la communauté de meubles et acquêts, et que Madame Murdoch aurait eu droit à la moitié des biens. Certes les époux contractuellement séparés de biens au Québec — et dans la plupart des cas l'épouse — pouvaient se trouver dans une situation fort précaire après avoir éventuellement collaboré à la constitution d'un patrimoine, puisque la preuve de la société de fait n'était pas aisée et que nos tribunaux s'en tenaient au contrat, mais comme la Cour d'appel l'a souligné à plusieurs reprises, cette situation était la conséquence du choix des époux et non celle de la loi. Le législateur a donc choisi la voie d'un greffe de *common law* dans le Code civil et ce greffe dérègle considérablement des concepts fondamentaux du droit civil.

2. LE DROIT ACCORDÉ AU CONJOINT SURVIVANT EN SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS.

59. *L'attribution préférentielle de la résidence familiale.* Lorsque la société d'acquêts est dissoute par le décès ou l'absence de l'un des conjoints, l'autre peut demander que l'on place dans son lot la résidence familiale, les meubles affectés à l'usage du ménage ainsi que tout autre bien de caractère familial faisant partie de la masse à partager (a. 515). Certes, il ne s'agit pas d'augmenter la part de ce conjoint sur les acquêts du *de cujus* ou de l'absent, puisque une soulte est prévue lorsque la valeur des biens dépasse celle de la moitié des acquêts du propriétaire. Cette attribution préférentielle — qui existait en droit québécois depuis 1969 réglementée d'une façon fort semblable (a. 1267d, *C.c.B.-C.*) — est vraiment une mesure de protection de la résidence familiale intégrée dans le cadre de la société d'acquêts. Contrairement à la prestation compensatoire, elle ne bouleverse pas les notions fondamentales des régimes matrimoniaux, puisqu'il s'agit simplement d'accorder au conjoint qui reste le droit de choisir certains biens dans les acquêts de son époux.

60. *CONCLUSION GÉNÉRALE.* Le droit québécois contient des mesures visant directement la protection du logement familial, notamment la protec-

⁵² cf. *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423.

⁵³ cf. *supra*, note 19.

tion de la résidence familiale par les dispositions du régime primaire (*supra*, nos 15-18, 22-24 et 28) et le droit accordé au conjoint survivant en société d'acquêts (*supra*, n° 59). Cependant, la portée des premières est restreinte à cause d'un souci quelque peu exagéré de protection des tiers; la technique de l'enregistrement de la déclaration de résidence s'avère fort peu efficace (voir note 21). Le droit du conjoint survivant, ou présent, en société d'acquêts est certes efficace, mais de nos jours le nombre de dissolutions du régime causés par le décès (l'absence est presque inexistante) de l'un des conjoints a tendance à diminuer.

Les autres mesures, et notamment la prestation compensatoire, apportent sans aucun doute une protection à la résidence familiale; mais le but premier n'est pas cette protection.

Il apparaît donc que le législateur québécois n'a pas encore perçu, dans toute ses dimensions, l'importance du logement pour la stabilité de la famille, et que les mesures de protection de la famille par l'intermédiaire du logement sont adoptées à pas feutrés, et assorties de conditions tellement exigeantes qu'elles rendent les mesures de protection presque l'exception, plutôt que la règle.