

# PROTÉGER JURIDIQUEMENT LA FAMILLE ! MAIS COMMENT ?

Jean-Paul Duquette

Volume 2, numéro 1, 1971

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059782ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059782ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Duquette, J.-P. (1971). PROTÉGER JURIDIQUEMENT LA FAMILLE ! MAIS COMMENT ? *Revue générale de droit*, 2(1), 7–14.

<https://doi.org/10.7202/1059782ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1971

Cet document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

**é**rudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

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

# PROTÉGER JURIDIQUEMENT LA FAMILLE ! MAIS COMMENT ?

par Jean-Paul DUQUETTE,  
*avocat,*  
*docteur en sociologie du droit de l'Université de Paris.*

Après avoir subi l'épreuve d'une consultation publique malheureusement limitée dans les faits à la classe sociale des juristes et de leurs auxiliaires, le douzième et tout dernier rapport de l'Office de Révision du Code civil du Québec sera lui aussi soumis au ministre de la Justice. Il constituera, aux dires de ses auteurs, une nouvelle étape dans l'élaboration d'un droit familial nouveau.

Il ne fait aucun doute que les tenants de la notion traditionnelle et bourgeoise de la famille se rallieront aux objectifs que se sont fixés les auteurs de ce projet de loi : qui peut encore souhaiter que mari et femme ne concourent pas au choix de la résidence commune ou à son changement ? Les familialistes ne considèrent-ils pas que des conjoints faisant vie commune doivent pour le moins être d'accord sur l'achat ou la revente des meubles affectés à l'usage du ménage ? Pour tous, ce sont là des dimensions tenues pour évidentes de la conception occidentale, pour ne pas dire chrétienne, des rapports postnuptiaux : les décisions importantes sont prises de concert par les époux.

La volonté de protéger la résidence familiale rend sans doute compte de mobiles fort louables. Il est toutefois regrettable de constater une fois encore que les justiciables n'ont nullement participé à l'élaboration de ce « droit familial nouveau ». Aucun sondage d'opinion n'a été conduit *ex ante* dans la population québécoise. Aucun avocat ou notaire de la pratique privée n'a été consulté avant que les juristes ne préparent leurs textes : tant sur le plan sociologique que sur le plan juridique, cette option législative relève de moyens d'action qui prêtent fortement à caution. Au lieu de dire le droit, les juges seront contraints de discourir discrétionnairement et bien souvent arbitrairement sur cette vague notion d'intérêt de la famille qui constitue le nouveau concept pass-partout que l'Office de Révision du Code civil du Québec veut substituer dans son projet à la notion d'ordre public. N'est-ce pas la famille qui doit être protégée contre ce genre de protection

législative qui rend compte de conceptions philosophiques abstraites et de croyances au rôle éducatif de la loi ? Peut-on se permettre d'oublier à ce point le contexte social et vouloir régler les problèmes familiaux uniquement pour la dogmatique juridique ?

#### CONTENU SOMMAIRE DU PROJET.

Au lendemain de l'adoption de la loi du 18 juin 1964 sur la capacité juridique de la femme mariée, il était encore permis de prétendre à une hiérarchisation des rapports familiaux. L'adoption du projet reléguera au passé cette prétention et consacrerá l'égalité de statut juridique des époux. Égaux en droit et en devoirs, les conjoints devront choisir ensemble le lieu de leur résidence commune<sup>1</sup> et accepter de nombreuses restrictions de pouvoirs sur leurs biens personnels affectés à l'usage du ménage<sup>2</sup>.

Déjà, par le jeu des règles des régimes matrimoniaux communautaires ou de société d'acquêts, certains biens nécessaires à la vie domestique étaient protégés. Mais il restait encore à généraliser cette protection et un certain nombre de groupes intermédiaires avaient laissé entendre que leur accord à l'adoption, en décembre 1969, du nouveau régime matrimonial légal de société d'acquêts, n'était donné qu'à cette condition.

Trois voies différentes permettaient d'y parvenir: la copropriété qui rappelait une communauté de biens depuis longtemps discréditée; l'inaliénabilité qui limitait, par trop, la libre circulation de biens; et l'indisponibilité qui conduisait à un partage de pouvoirs patrimoniaux entre époux. Les auteurs du projet optèrent finalement pour l'indisponibilité limitée à certains actes juridiques: en matière mobilière, cette indisponibilité découle du mariage<sup>3</sup>; en matière immobilière, elle résulte d'une déclaration de résidence enregistrée que l'époux en mal de protection doit faire transcrire au bureau de l'enregistrement du lieu de situation de l'immeuble<sup>4</sup>.

Pour conserver aux mécanismes protecteurs une certaine souplesse, on fait du juge l'arbitre de la famille. Par le jeu de dispenses temporaires de vie commune, il pourra éviter, aux dires des auteurs du projet, qu'un conflit décisionnel sur le choix de la résidence familiale ne débouche sur une demande en séparation

---

<sup>1</sup> Art. 1 du projet.

<sup>2</sup> Art. 2 (meubles ménagers), art. 5 (droit au bail), art. 8 (immeuble résidentiel) du projet.

<sup>3</sup> Art. 2 et 5 du projet.

<sup>4</sup> Art. 8 et 10 du projet.

de corps, voire une demande en divorce <sup>5</sup>. Et même dans ces deux dernières hypothèses, par l'adoption de mesures spéciales laissées à son entière discrétion, telles l'allocation des meubles meublants par voie d'expropriation <sup>6</sup>, ou l'attribution de l'immeuble résidentiel par voie de partage <sup>7</sup>, il pourra assurer la défense de l'intérêt de la famille aux conditions qu'il jugera raisonnables.

#### LA LÉGALISATION DU MÉNAGE À TROIS <sup>8</sup>.

Le projet consacre l'entrée du juge dans la famille et remplace la garantie de la loi par celle d'une magistrature qui peut fort bien ignorer les problèmes psycho-sociologiques des couples modernes. L'égalité que l'on prône n'est pas une égalité dans l'autonomie mais seulement une égalité dans la contrainte. A défaut d'accord, l'un des conjoints pourra demander au tribunal de « fixer cette résidence dans l'intérêt de la famille <sup>9</sup> ». N'en résultera-t-il pas pour son conjoint une assignation à résidence ? La magistrature pourra-t-elle se considérer outragée si l'époux assigné à résidence passe outre à l'ordonnance judiciaire ? Dans l'éventualité d'un tel désaccord, n'aurait-il pas été préférable de simplement relever les conjoints de leur obligation de cohabiter sans aucune procédure judiciaire ?

Il n'est pas sans intérêt non plus de signaler à quel point on invite le juge à user de son impérium plutôt qu'à dire le droit. Ainsi lui permet-on <sup>10</sup> de statuer en fonction d'un intérêt de la famille qu'on laisse à sa discrétion. Les mesures adoptées refléteront sans doute une certaine conception de l'équité, mais il n'est pas certain que le sens de l'équité du justiciable soit aussi celui de son juge puisque cette notion varie selon les groupes sociaux. De plus, elles comporteront le défaut de consacrer un recul de la loi au profit d'une équité qu'on risque fort de considérer comme un antidote de la loi. Voudrait-on prétendre que la loi n'est ni juste ni équitable ? Devra-t-on désormais rechercher hors-loi les critères régissant l'intervention du juge statuant en matière familiale comme c'est le cas trop souvent devant la Cour du bien-être social ? Ce projet de loi engendre une confusion dangereuse des rôles sociaux. Faute de pouvoir travailler en collaboration avec les

<sup>5</sup> Art. 1, al. 2, du projet.

<sup>6</sup> Art. 4 du projet.

<sup>7</sup> Art. 13 du projet.

<sup>8</sup> Cette réalité a été décrite avec beaucoup d'humour par M<sup>e</sup> G. BEAUPRÉ dans un article intitulé *Papa, maman, le juge et moi*, publié dans *Barreau* 71, vol. 3, n<sup>o</sup> 5, p. 4 et 5.

<sup>9</sup> Art. 1, al. 1, du projet.

<sup>10</sup> Art. 1 et 4 du projet.

spécialistes de la thérapie familiale, les juges seront contraints de mal jouer un rôle de psychologue ou de travailleur social.

#### L'EXPROPRIATION DE MEUBLES SANS INDEMNITÉ.

Le contenu de l'article 4 du projet ne peut manquer d'étonner. Il donne au juge le pouvoir d'attribuer à l'un des époux, la propriété des meubles aux conditions qu'il jugera raisonnables <sup>11</sup>. Sans doute cette attribution ne jouera-t-elle qu'à l'occasion d'une séparation de corps, d'un divorce ou d'une annulation de mariage, mais elle pourra conduire à transgresser tous les principes reconnus en matière de propriété. L'intérêt de la famille, dont on se servira comme bouclier contre toute censure de la décision prise, permettra de nier le droit de propriété d'un époux, de l'exproprier, et d'attribuer sans indemnité son bien à son conjoint. Certes, l'expropriation pour cause d'intérêt public n'est pas un mécanisme ignoré du législateur québécois, mais il est exercé moyennant indemnité et sous le couvert de garanties quant au montant de l'indemnité. L'intérêt de la famille conduirait-il à faire ce que l'intérêt public n'autorise pas ?

#### LES TECHNIQUES NOTARIALES AU SERVICE DE L'IMMEUBLE RÉSIDENTIEL.

Il convient de remarquer aussi qu'au recul de la loi dans certains domaines correspond son emprise dans d'autres. Le formalisme règne en maître en matière de protection immobilière <sup>12</sup>. La protection, d'impérative qu'elle est ailleurs <sup>13</sup>, devient facultative. N'est protégé que celui qui entend être protégé. Pour cela, il lui suffit de respecter certaines formes qui le plonge dans un contexte de droit notarial. On peut douter de l'efficacité d'un tel mécanisme. Le moins que l'on puisse en dire est qu'il n'est pas propice à l'entente entre époux. Il n'est pas souhaitable d'ainsi concrétiser la méfiance entre conjoints: appliqués à des personnes mariées, de tels mécanismes se sont toujours révélés inefficaces <sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Art. 4 du projet: « En cas de séparation de corps, divorce ou annulation de mariage, le tribunal peut, sous tous les régimes et aux conditions qu'il juge raisonnables, attribuer, dans l'intérêt de la famille, la propriété des meubles meublants à l'un des époux. »

<sup>12</sup> Art. 8 à 12 du projet.

<sup>13</sup> Ce qui contredit étrangement l'art. 15 du projet qui précise que « les dispositions de la présente section sont impératives et s'appliquent à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial ».

<sup>14</sup> Que l'on se souvienne seulement des critiques adressées au système actuel d'hypothèque légale entre époux en droit français (art. 2121, 2135 et s. C.N., formulation du 13 juillet 1965). Que l'on se souvienne aussi que, dans le même droit, le changement de domicile par inscription sur un registre ad hoc est un échec (art. 104 C.N.).

## LE SLALOM JURIDIQUE.

Pour ne pas tomber sous le coup de certaines dispositions du projet, il faudra aux couples québécois pratiquer, dans leur vie conjugale, un véritable slalom juridique. S'ils ne désirent pas recourir aux tribunaux pour arbitrer leurs conflits sur le choix d'une résidence, ils pourront encore se choisir leur propre arbitre qui pratiquera un genre spécial de justice parallèle<sup>15</sup>. Ils s'en remettront, comme ils le font actuellement dans ce domaine comme dans d'autres, à la solution d'une personne de leur choix<sup>16</sup> qui alliera le conseil à la persuasion. Cette justice non institutionnalisée risque, en fait, d'être beaucoup plus efficace que la justice officielle. Elle aura pour elle d'être moins autoritaire et moins traumatisante. D'ailleurs, la protection de l'immeuble résidentiel, toute paperassière qu'elle soit, n'est que facultative. C'est là, à notre sens, sa seule qualité: n'est-il pas de la nature de certaines dispositions de rester lettre morte ?

## LES CONTRAINTES EN MATIÈRE COMMERCIALE.

Même le commerce risque d'être perturbé par l'adoption des dispositions de ce projet<sup>17</sup>. Ainsi l'épouse qui se présenterait seule pour faire un acte juridique, la vente d'un vieux fauteuil délabré et démodé par exemple, ne serait plus, comme actuellement, réputée, à l'égard des acheteurs de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seule cet acte<sup>18</sup>. Mécontent de la transaction, le mari pourrait demander l'annulation de la vente, faire saisir le meuble en question et en exiger la remise<sup>19</sup>.

De même le commerce des meubles d'occasion par « petites annonces » dans les journaux du matin n'offrirait plus guère de sécurité. A moins d'obtenir le consentement des deux époux à la vente, l'acheteur risquerait de se voir la victime d'une chicane domestique à incidence judiciaire. Il pourrait notamment apprendre, à l'occasion d'une saisie effectuée à son domicile, que la charmante demoiselle qui lui avait vendu tel meuble dont elle voulait se débarrasser était, en fait, une femme en puissance de mari. Que

---

<sup>15</sup> Cette affirmation se vérifierait non seulement dans le cadre du présent projet de loi, mais dans celui de tout autre texte qui ferait du juge le « Troisième homme » du microcosme familial.

<sup>16</sup> Curé, amis, relation, travailleur social, etc.

<sup>17</sup> Si l'on faisait la « balance des inconvénients » (protection du couple, protection du commerce juridique), on s'apercevrait très vite que le jeu du projet n'en vaut pas la chandelle.

<sup>18</sup> Art. 184 C. civ., formulation du 12 décembre 1969 (Bill 10).

<sup>19</sup> Art. 3 du projet.

dire enfin de l'époux abandonné qui, par commodité ou par nécessité, voudrait se défaire de meubles ménagers ? Devrait-il, pour justifier le défaut de concours à l'acte, faire la preuve de son infortune ? Et même s'il y consent ou y parvient, le juge, saisi par le conjoint, ne pourrait-il pas nier cette désertion et annuler l'acte de vente au préjudice de l'acheteur trop crédule ou pas assez méfiant ? Le consommateur de biens d'occasion n'a-t-il pas le droit à autant de protection que des personnes mariées ? Pourquoi en faire le bouc émissaire de disputes conjugales ?

LE TRIBUNAL DE LA FAMILLE,  
« POUBELLE » DES PROBLÈMES SOCIAUX <sup>20</sup>.

Ce que veulent au fond les promoteurs du projet de protection de la résidence familiale, c'est que l'appareil judiciaire soit l'instrument de réconciliation <sup>21</sup> des couples à la dérive. Ils s'attendent à ce que les époux recourent aux services judiciaires ainsi créés. Ces services, et c'est là un postulat philosophique que sous-tend le projet, sont et doivent être consommables par tous les justiciables mariés comme le sont les soins médicaux ou tous les autres services offerts à la population. Or, ce genre d'incitation à la consommation de justice sous-évalue, semble-t-il, la désaffection de la population pour l'appareil judiciaire et rend compte d'une confusion entre la fonction que doivent remplir les tribunaux de droit commun et celles qui ressortissent aux agences de service social, aux cliniques psychiatriques ou aux maisons de crédit.

Il n'est pas impossible de prétendre que la véritable fonction des tribunaux est d'être la « poubelle » de problèmes insolubles si l'on veut s'en tenir aux mécanismes conventionnels de contrôle social. Cette image montre bien à quel point le processus judiciaire est le terme d'une relation interpersonnelle ou financière irrémédiablement gâtée. L'un des protagonistes, sinon les deux, se refuse à résoudre la difficulté conformément aux valeurs couramment admises par la société dans laquelle cette difficulté a pris naissance.

<sup>20</sup> Nous tenons cette formule imagée d'un avocat de la Cour de bien-être social de Montréal.

<sup>21</sup> Et même de conciliation. Il conviendrait aussi de se demander ce que valent ces tentatives de conciliation. L'expérience de la « Régie des loyers » semble assez négative à ce sujet. Le droit comparé n'offre pas d'exemple plus heureux. Les anciens tribunaux de paix français avaient dû, dans leur procédure, abandonner l'étape de la tentative de conciliation. Les tribunaux de droit commun belges et français doivent, lorsqu'ils statuent en matière de divorce ou séparation de corps, tenter de concilier les parties: cette obligation est devenue purement formelle.

Il est alors nécessaire qu'au sein de cette société une institution réponde aux besoins latents du corps social et trie, sans appel et de façon contraignante, les valeurs qu'elle défend et celles qu'elle rejette, quelle qu'en soit l'ancienneté ou la nouveauté. Ce sont les tribunaux qui, guidés par une idéologie enfermée dans des règles pré-établies, dessinent en la matière une ligne de démarcation réputée indélébile qui doit être acceptable par l'ensemble de la population, même si elle ne l'est pas par des parties aux prises avec une difficulté particulière arrivée à l'étape judiciaire. La fonction du tribunal n'est pas alors de tenter une réconciliation, mais de ratifier les prétentions de l'une au mépris de celles de l'autre, et ce pour la seule raison que les prétentions de cette dernière sont en contradiction <sup>22</sup> avec les valeurs sociales représentées par le juge sanctionnateur. Pourquoi vouloir attribuer aux tribunaux des fonctions que d'autres institutions sociales accomplissent ou devraient accomplir ? Si les buts protecteurs poursuivis dans ce projet de l'Office de Révision du Code civil sont fort louables, les moyens mis en œuvre semblent relever bien plus d'une réflexion idéologique que d'une étude scientifique des faits. Les tribunaux ne sont-ils pas déjà fort encombrés par les nombreux litiges de droit familial qu'on leur soumet ?

#### LA SOCIOLOGIE AU SERVICE DE LA RÉFORME DU DROIT.

Il semble n'y avoir que deux solutions permettant d'élaborer un droit qui « colle à la réalité ». La première consiste à construire le droit à partir des situations contentieuses vécues : les milliers de dossiers qui se trouvent dans les archives judiciaires des palais de justice du Québec permettraient d'accéder aux justiciables qui ont déjà été des consommateurs de justice ; une étude empirique des contestations conduirait alors à cerner un certain nombre de situations pathologiques qui appellent une réforme de la règle de droit. Il s'agirait d'un droit inductif partant du concret pour remonter à l'abstrait, des faits aux propositions générales, du factuel au légal. La seconde consiste à dégager les besoins sociaux par le moyen de sondages d'opinion auprès d'informateurs privilégiés, tels les juristes, les travailleurs sociaux et surtout les justiciables. Il serait alors possible de construire du droit nouveau à partir des données factuelles tendanciennes.

---

<sup>22</sup> Par ses prétentions, la partie perdante s'est située à un point de non-retour dans le système « d'anti-valeur » du corps social auquel elle appartient.

L'avantage de la seconde technique sur la première est évidemment sa valorisation qu'elle doit à l'utilisation de techniques d'informations éprouvées: il en résulte une meilleure perception du besoin et une plus grande crédibilité de celui-ci. Il ne faut pas oublier cependant que le « vécu » et le « découvert par sondage » sont sociologiquement le complément l'un de l'autre. Le premier apporte au second ce que ce dernier ne peut découvrir. Il ne faut pas oublier non plus qu'il y a un décalage entre l'opinion et le comportement. Le sondage recueille l'opinion; la situation contentieuse, le comportement. Et il ne reste plus alors qu'à confronter les informations des deux sources et à tirer les conclusions qui s'imposent dans le choix des options législatives.

Des enquêtes ont-elles été menées ? Des dossiers ont-ils été consultés ? A-t-on pris la précaution de « quantifier » le besoin ? S'il n'en a pas été ainsi, ce n'est pas seulement sur le plan strictement juridique qu'on se doit de formuler certaines réserves à l'égard du projet de protection de la résidence familiale, c'est aussi sur le plan du besoin social. Il est souvent très dangereux de faire fi ou simplement vouloir ignorer une réalité sociologique.

#### LE POIDS DE LA NORME EN DROIT FAMILIAL.

Approuver les buts protecteurs poursuivis ne signifie pas pour autant agréer les moyens mis en œuvre. Certains peuvent plaire; d'autres prêter le flanc à la critique. Toutefois, à la lumière du projet de protection de la résidence familiale, on peut se risquer à faire certaines projections critiques sur ce que pourrait être, en termes de moyens, le droit familial de l'avenir. Ainsi, n'est-il pas curieux que le droit civil tende à accroître considérablement les pouvoirs des magistrats à un moment où se dessine, dans le droit de common law, la tendance inverse ? Voudrait-on oublier que la loi possède, sur toute autre forme d'expression de la règle de droit, l'avantage d'être sécuritaire pour l'usager ? Peut-on aller jusqu'à organiser sous le couvert de la loi un droit prétorien qui ne serait qu'une forme particulière de common law ?