

# Réflexions à propos des nouveaux articles 1262 et 1263 du code civil (Bill 10) <sup>1</sup>

par Hubert de MESTIER du BOURG \*

*“Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia. . .”*

Suffit-il que les époux aient la capacité de se marier lors de la passation de leur contrat de mariage, ou bien exigera-t-on qu'ils aient également la capacité de contracter? Le célèbre adage a d'abord été formulé dans l'ancien droit français, pour les mineurs, puis repris par le Code napoléon<sup>2</sup> et adopté au Québec<sup>3</sup>. Imaginé pour les mineurs, le régime de cet adage est-il valable pour les majeurs incapables à qui le nouvel article 1263 du Code civil permet, sous certaines conditions, de passer des conventions matrimoniales? <sup>4</sup> Tandis que l'ancien article 1267 C.c. était le seul texte relatif à la capacité de faire un contrat de mariage et ne visait que la capacité du mineur, le Bill 10 consacre deux articles à cette question: l'article 1262 nouveau régit la capacité du mineur; l'article 1263 nouveau, celle de certains majeurs incapables.

---

\* Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Nous remercions Me Jacques AUGER, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, pour la collaboration qu'il nous a apportée à l'occasion de la rédaction de cet article.

1 Bill 10, *Loi concernant les régimes matrimoniaux*.

2 Art. 1398 C.N.

3 Ancien art. 1267 C.c.: depuis le Bill 10: art. 1262 C.c. sur les sources historiques, voir de Lorimier, *Bibliothèque du Code civil*, Montréal, 1884, Vol. 10, (art. 1266 à 1384), pp. 9 et ss.

4 Bill 10 (*Loi concernant les régimes matrimoniaux*), 1969 El. II, c. 77 (sanctionné le 12 décembre 1969, entré en vigueur depuis le 1er juillet 1970).

## 1 – RÈGLES LÉGALES

### A – Les mineurs

Le nouvel article 1262 du Code civil (Bill 10) est ainsi rédigé:

“Le mineur habile à contracter mariage peut consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible, pourvu qu’il soit assisté de son tuteur ou curateur, s’il en est, autorisés par le juge sur avis du conseil de famille ainsi que des autres personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

La nullité des conventions passées en violation des prescriptions du présent article ne peut être invoquée que par le mineur ou par les personnes dont le consentement était nécessaire et elle ne peut l’être, lorsqu’il s’est écoulé une année depuis la majorité”.

Comme sous le régime de l’article 1267 ancien, les règles de la capacité ordinaire de contracter ne sont donc pas transposées à la capacité du mineur en matière de mariage. L’ancien article 1267 C.c. contenait au reste des dispositions analogues et J. Beauchamp notait après cet article, que:

“... le Code permet au mineur, habile à contracter mariage de faire toutes les conventions, donations, etc... qu’il pourrait faire s’il était majeur, pourvu qu’il soit assisté au contrat par ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage”<sup>5</sup>.

La raison d’être de cette règle connaît une tentative d’explication avec Pothier qui écrit:

“La jurisprudence a établi que lorsqu’un mineur qui contracte mariage n’avait pas en biens meubles de quoi faire à la communauté un rapport du tiers de ses biens il pouvait, avec l’autorité de son tuteur ou de son curateur, ameubler de ses immeubles jusqu’à concurrence de ce qui en manquait. La raison est, qu’étant de l’intérêt public que les mineurs se marient, on doit leur permettre toutes les conventions qui sont ordinaires dans les contrats de mariage. De là cette maxime: *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*”<sup>6</sup>.

L’explication de Pothier n’est pas très claire. . . La véritable origine de la règle, qui remonte à l’ancien droit français, est sans doute moins reluisante: c’est que l’on considérait couramment<sup>7</sup> les conventions matrimoniales, et surtout les donations, comme reflétant très souvent la condition, sinon la cause déterminante du mariage<sup>8</sup>. Duranton écrit que:

5 BEAUCHAMP, J.J., *Le Code civil de la Province de Québec, annoté*, T. 2, p. 104 (Montréal, 1905).

6 BUGNET, M., *Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code civil*, Paris, 1861, T.7, p. 183 (communauté conventionnelle, No-306).

7 Cette façon de penser existait d’ailleurs en bien des endroits, au moins jusqu’au début du XXe siècle.

8 DEMOLOMBE, C., *Cours de Code napoléon*, in *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Paris 1881, T. 1, p. 6.

“Destiné à renfermer le voeu de deux familles qui vont s’unir, le contrat de mariage a toujours été regardé avec la plus grande faveur; ainsi peut-il consacrer des stipulations qui seraient interdites dans tout autre contrat. . .”<sup>9</sup>.

Pour ces raisons l’on s’est toujours efforcé de permettre au mineur de contracter mariage et d’adopter une convention matrimoniale, pourvu qu’il soit assisté de ses parents. La règle générale est donc bien celle d’une connexité naturelle entre le mariage et le contrat de mariage.

D’une part les mineurs doivent, pour faire un contrat de mariage, être habilités dans les mêmes conditions que pour se marier, d’autre part une fois habilités, ils peuvent passer les mêmes conventions que s’ils étaient majeurs<sup>10</sup>. Le contenu de l’article 1262 C.c. implique en outre une dérogation, classique aux règles d’incapacité des mineurs: Il n’est pas question de *représentation*, mais d’*assistance*; alors que pour les actes de la vie quotidienne la loi exige du mineur qu’il soit représenté de son tuteur (ou de son curateur) il en va autrement en matière de mariage, puisque le mineur devra donner lui-même, directement, son consentement<sup>11</sup>. Le mineur n’a donc pas besoin d’être représenté, une simple assistance sera suffisante (et obligatoire).

Il pourra arriver, soit qu’une personne capable de se marier seule et sans aucune assistance ne puisse consentir seule et sans assistance à une convention matrimoniale (comme par exemple, l’individu pourvu d’un conseil judiciaire), il surviendra aussi que des conventions matrimoniales soient, pour une raison quelconque (vice de forme<sup>12</sup> ou autre) déclarés nulles après la célébration du mariage sans que pour autant le mariage soit lui-même annulé<sup>13</sup>.

Soulignons brièvement une innovation introduite par l’article 1262 C.c.. Alors que l’ancien texte (celui de l’article 1267) distinguait, d’une part les

9 DURANTON, M., *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, 1834, T. 14 (3e éd.), p. 17.

10 PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil*, Vol. 8 (*Régimes matrimoniaux*), pp. 54-55.

Signalons en passant que de nouvelles règles viennent d’être édictées à propos du mariage de l’enfant naturel mineur. Le nouvel art. 121 dispose en effet: “L’enfant naturel mineur doit, pour contracter mariage, obtenir le consentement de son père ou de sa mère qui ne l’a point abandonné. . .” (1970, Bill 48, Ch. 62. Gazette Officielle du Québec, Supp. 31, décembre 1970, No-52A). Les dispositions de cet article sont complétées dans le Bill 48 par celles du nouvel article 245a qui dispose que: “Les parents exercent à l’égard de leur enfant naturel mineur et non émancipé qu’ils n’ont pas abandonné, les pouvoirs et l’autorité dont ils ont besoin pour s’acquitter de leurs obligations envers lui. Ils peuvent notamment faire opposition à son mariage ou en demander la nullité”.

Notons que pour ce qui va suivre, le consentement du tuteur ou du curateur n’est requis, pour le mariage, qu’à défaut de celui du père ou de la mère, alors que lors de la passation du contrat de mariage l’assistance du tuteur ou curateur, s’il en est, est obligatoire en sus de celle du père ou de la mère (articles 119, 120, 1272).

11 MAZEAUD, H.L. et J., *Leçons de Droit civil*, T. 4, pp. 77-80.

12 Par exemple, elles doivent être rédigées sous forme de minutes.

13 DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 7.

*conventions et donations* que le mineur pouvait consentir en faveur de son futur conjoint et des enfants à naître, d'autre part, les avantages qu'il pouvait faire à des tiers, le nouvel article ne parle plus que des "*conventions dont ce contrat est susceptible*". Il s'agit là, à n'en point douter, d'une importante modification dont les conséquences sont de deux ordres. En premier lieu la disparition des termes "donations et avantages" élimine la confusion qui régnait entre l'ancien texte et l'article 1006 C.c., où l'on ne retrouve que l'expression "convention". Il ne faudrait surtout pas voir dans cette nouvelle phraséologie, outre cette unification de termes, une volonté du législateur de réduire la capacité du mineur et l'empêcher de consentir en son contrat de mariage ces donations et avantages dont il était question naguère. Car l'article 763 C.c. pose toujours la règle que le mineur ne peut donner entre vifs "si ce n'est en son contrat de mariage" et, comme l'affirme R. Comtois, si le mineur a la capacité, il l'aura tant pour les conventions que pour les donations et stipulations faites dans son contrat de mariage"<sup>14</sup>. En second lieu, et c'est là la grande innovation, le nouveau texte ne permet plus de distinguer le régime applicable aux conventions et donations consenties au futur conjoint et aux enfants, de celui qui est applicable aux avantages faits aux tiers. Cette dualité de régime étant abolie, le problème est de beaucoup simplifié puisque le mineur peut dorénavant faire des donations aux tiers, tout comme un majeur capable, pourvu qu'il soit dûment assisté. Cependant, malgré la généralité de sa rédaction, la porte n'est pas encore ouverte pour le mineur à la faculté de passer n'importe quelle convention, telles les donations aux personnes dont l'assistance est requise pour la validité du contrat lui-même.

Poursuivant nos réflexions, penchons-nous à présent sur le parallélisme existant entre l'article 1262 et les dispositions de l'article 1263 nouveau relatif aux majeurs interdits.

## **B — Les incapables majeurs.**

Le principe posé à l'article 1263, al.1, apparaît identique à celui de l'article 1262: prodigues et faibles d'esprit ne seront pas autorisés à passer des *conventions matrimoniales sans l'assistance de leur conseil judiciaire ou curateur*, ce dernier devant être autorisé à cet effet par le juge, sur l'avis du conseil de famille. Il s'agit d'une importante innovation du Bill 10, car auparavant le prodigue ou le faible d'esprit ne bénéficiaient pas d'un régime spécial et, comme les autres interdits, ne pouvaient en principe rédiger une convention matrimoniale.

Remarquons pour mémoire, que l'article 349 C.c. édicte que:

"l'on donne un conseil judiciaire à celui qui, sans être complètement insensé ou prodigue, est cependant faible d'esprit ou enclin à la prodigalité, de manière à ne faire craindre qu'il ne dissipe ses biens et ne compromette sa fortune".

---

14 COMTOIS, R., *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, 1968, p. 77.

A l'égard des incapables majeurs, le droit québécois contient des dispositions originales, différentes de celles qui furent adoptées dans les autres pays de droit civil. Le droit français par exemple<sup>15</sup> distingue entre les majeurs en tutelle (aliénés, personnes ayant été condamnées à des peines graves) et les majeurs en curatelle (prodigues, faibles d'esprit)<sup>16</sup>. Le droit québécois ne distingue pas ainsi puisqu'il n'a pas institué de régime particulier, analogue à celui du régime français des majeurs en tutelle<sup>17</sup>. Que se passe-t-il donc au Québec pour cette catégorie de personnes, relativement au problème qui retient notre attention?

Sont susceptibles d'interdiction (articles 325 et 326 C.c.):

“Le majeur ou le mineur émancipé se trouvant dans un état habituel d'imbécillité, démence ou fureur”.

doivent également être interdits, ceux qui se portent à des excès de prodigalité...

L'article 1263 nouveau C.c. apporte donc une exception en faveur du prodigue et du faible d'esprit: en règle générale, comme l'interdit ne peut se marier, le problème de son contrat de mariage ne se pose pas et, en vertu de l'article 335 C.c., le contrat de mariage conclu par l'interdit avant son interdiction est annulable. A l'article 334, le Code civil prévoit la nullité des actes passés par l'interdit pour folie. Le majeur aliéné ne pourrait donc pas, comme nous l'avons dit plus haut, passer de convention matrimoniale, même s'il se trouve dans un intervalle de lucidité (à moins, bien entendu, de demander la mainlevée de l'interdiction). Comme l'explique L. P. Sirois:

“La loi présume que l'interdit est dans un état continuuel d'aliénation mentale; celui qui a contracté avec lui ne peut même pas prouver que l'acte a été fait dans un moment lucide; car suivant l'article 1240, nulle preuve n'est admise contre une présomption légale lorsque, à raison de telle présomption, la loi annule certains actes”<sup>18</sup>.

15 Sur les articles 1398 et 1399 du Code civil français (modifiés par la loi du 13 juillet 1965 et du 4 juillet 1968), voir Jurisclasseur Civil, articles 1385 à 1504, fasc. H.

16 MAZEAUD, *op. cit.*, p. 81, No-64.

17 Ce régime a été modifié en France, par la loi du 3 janvier 1968. Dorénavant le majeur en tutelle ne peut ni se marier (art. 506 C.c.), ni passer de contrat de mariage (art. 1399 C.c.) sans le consentement, soit de son père et de sa mère, soit du conseil de famille. Au Québec, l'article 86, al.6, C.c. prévoit que ceux qui sont frappés de dégradation civique ne peuvent contracter. Un curateur public est nommé: *Loi de la curatelle publique*, 1964, S.R.Q., Vol. IV, C. 314, art. 14, Al.(c). Mais il s'agit d'un curateur aux biens et cette institution ne revêt donc pas en l'espèce, la même valeur qu'en droit français. La loi de la curatelle publique vient d'ailleurs d'être modifiée par le Bill 32 (sanctionné le 4 juin 1971) qui dispose à l'article 12: “Le curateur public est également d'office l'administrateur provisoire:

...d) Des biens d'un condamné à mort ou à un emprisonnement à perpétuité, à compter de la condamnation jusqu'à la date de la réception de la copie d'un jugement nommant un curateur à ces biens”. . . .  
(*Gazette officielle du Québec*, Supplément, 29 juillet 1971, Vol. 103, No-30A, p. 5867).

18 SIROIS, L.P., *Tutelles et curatelles*, Québec, 1911, p. 408. contra: BEAUDRY-LACANTINERIE, *Traité de droit civil*, T. 5, p. 812, Nos-910 et ss; DEMOLOMBE, *Cours de Code napoléon*, Livre I, Titre V, pp. 173 et ss; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, T. 1, par. 127.

Il semble donc hors de doute, d'une part que l'individu en état d'interdiction pour démence ou fureur ne pourra en aucun cas valablement contracter mariage ni, à fortiori, passer une convention matrimoniale. Rien n'empêche le dément non interdit de se marier dans un intervalle lucide, son mariage et son contrat de mariage sont toutefois annulables s'il vient à être interdit (article 355 C.c.).

L'article 1263 nouveau C.c. apporte donc une importante dérogation à ce régime général, dérogation en faveur du prodigue et du faible d'esprit qui, dûment assistés, peuvent se marier et passer une convention matrimoniale.

Comme le mineur, le prodigue (ou le faible d'esprit) peut par son contrat de mariage (voir supra) faire des donations à son conjoint, rien ne paraît l'interdire<sup>19</sup>.

## II — NATURE DES CONDITIONS DE CAPACITÉ

Deux situations peuvent être envisagées: ou bien un individu pourra passer un contrat de mariage, comme il pourrait le faire pour n'importe quel autre contrat; ou bien, n'étant pas encore majeur ni pleinement capable, la validité du contrat de mariage serait assortie de certaines conditions particulières.

**A — Pour les interdits**, la règle serait à première vue celle d'une incapacité générale de contracter<sup>20</sup>; prodigues et faibles d'esprits bénéficieraient donc, depuis le Bill 10 et le nouvel article 1263, d'un régime d'exception. Il faut ici distinguer entre deux situations différentes, selon que le prodigue est assisté d'un conseil judiciaire ou d'un curateur.

L'article 349 C.c. stipule, répétons-le, que:

“. . . l'on donne un conseil judiciaire à celui qui sans être complètement insensé ou prodigue, est cependant faible d'esprit ou enclin à la prodigalité de manière à faire craindre qu'il ne dissipe ses biens et ne compromette gravement sa fortune”.

En principe, l'on considère l'individu assisté d'un conseil judiciaire, comme jouissant d'une capacité juridique plus étendue que celui qui est représenté par un curateur; à certaines occasions seulement, déterminées dans le jugement nommant le conseil judiciaire<sup>21</sup>, l'on exigera qu'il soit assisté de ce conseil judiciaire; autrement, il lui sera possible d'agir librement. Pratiquement, leur capacité est quand même considérablement restreinte par le jeu de l'article 351 qui dispose que:

19 COMTOIS, R., *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, 1968, pp. 77 et ss.

20 Article 986, Al. 2, C.c.

21 Articles 349-351 C.c.

“... si les pouvoirs du conseil judiciaire ne sont pas définis par la sentence, il est défendu à celui à qui il est nommé, de plaider, emprunter, recevoir un capital mobilier et en donner décharge, d’aliéner ni de grever ses biens d’hypothèques, sans l’assistance de ce conseil”.

Le majeur en curatelle semble jouir d’une capacité légale encore plus restreinte, puisque l’article 343 C.c. dispose que:

“Le curateur à l’interdit pour imbécillité, démence ou fureur, a sur la personne et les biens de cet interdit tous les pouvoirs du tuteur sur la personne et les biens du mineur; il est tenu à son égard à toutes les obligations du tuteur envers son pupille”.

La conclusion s’impose: il existe une distinction importante dans le régime des majeurs interdits, entre les majeurs en curatelle et ceux qui sont pourvus d’un conseil judiciaire. Les majeurs assistés d’un conseil judiciaire ne sont pas totalement incapables<sup>22</sup>; ils bénéficient du jeu de l’article 985 du Code civil qui stipule que toute personne est capable de contracter, si elle n’en est pas expressément déclarée incapable par la loi, à leur égard, le principe est donc celui d’une incapacité générale de contracter.

Comme l’explique L. P. Sirois:

“Voilà, selon nous, la règle qu’il faut appliquer à celui qui est pourvu d’un conseil. Il est capable d’une manière générale, mais sa capacité est restreinte quant aux actes énumérés à l’article 351. Il peut faire, comme le majeur, tous les actes qui ne lui sont pas défendus”<sup>23</sup>.

Le majeur en curatelle, en revanche, est absolument incapable et tous les actes passés par lui (antérieurement ou postérieurement à l’interdiction) sont annulables ou nuls<sup>24</sup>. A son égard, le principe est donc celui d’une incapacité générale de contracter.

Le Bill 10 autorise l’un et l’autre à passer des conventions matrimoniales (sous réserve de l’assistance obligatoire du curateur ou du conseil judiciaire) et crée donc bien en leur faveur, un régime de dérogation au droit commun de l’interdiction, mais cette dérogation en est surtout une au régime des majeurs en curatelle.

**B — Pour les mineurs**, certaines conditions sont propres à la validité du contrat de mariage: les personnes dont l’assistance est requise sont celles dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage; si l’on prend en considération les personnes dont l’assistance est requise, le mineur a la pleine capacité d’exercice

22 Voir supra: pour nous, leur situation est régie à l’article 351 du Code civil; aussi FARIBAULT, L., *Traité de droit civil du Québec*, Vol. 10 (art. 1257-1471), p. 64.

23 SIROIS, L.P., *Tutelles et curatelles*, *op. cit.*, p. 495, No-695.

24 *Ibid.*, p. 410.

de conclure son contrat de mariage du moment qu'il peut valablement se marier<sup>25</sup>. Le régime, formulé autrement est donc sensiblement le même que celui des majeurs de l'article 1263 (tout au moins pour les majeurs en curatelle).

Le moment auquel il faut se placer pour apprécier les conditions de capacité sera, comme en droit français, celui du mariage. Néanmoins lorsque les conditions imposées pour la validité du contrat de mariage sont distinctes de celles du mariage, il faut se placer au moment de la rédaction du contrat<sup>26</sup>.

Quel type de nullité entachera le contrat de mariage passé par un mineur ou un majeur interdit (au sens de l'article 1263) sans y être habilité? Le fait que par exemple un mineur ne soit pas assisté lors de la rédaction du contrat de mariage entachera-t-il ce contrat d'une nullité relative, ou d'une nullité absolue? La question fut discutée en doctrine, la plupart des auteurs penchent toutefois aujourd'hui en faveur d'une nullité relative. R. Comtois, partisan de la nullité relative note que:

“... certains auteurs voient dans cette espèce une nullité relative seulement. Un arrêt récent est dans le même sens quoique l'affirmation faite à ce sujet n'est pas très amplement appuyée”<sup>27</sup>.

En revanche, d'autres auteurs et une jurisprudence plus considérable soutiennent qu'il s'agit d'une nullité absolue<sup>28</sup>. A nos yeux il semble bien que la nullité dont il est question aux articles 1006 et 1262 C.c. soit une nullité relative et donc une nullité de protection, qui ne pourra pas être invoquée par les tiers. Les dispositions de l'article 987 du Code civil sont d'ailleurs sans équivoque:

“L'incapacité des mineurs et des interdits pour prodigalité est établie en leur faveur. Ceux qui sont capables de contracter ne peuvent opposer l'incapacité des mineurs ou des interdits avec qui ils ont contracté”.

Le régime de la nullité est donc certainement celui d'une nullité relative, malgré les réactions suscitées jadis chez certains auteurs<sup>29</sup>.

Pour le majeur prodigue ou faible d'esprit, la nullité est sans aucun doute aussi une nullité relative, à l'image des contrats de mariage passés par les mineurs.

25 MAZEAUD, *op. cit.*, p. 79.

26 MAZEAUD, *op. cit.*, p. 81, No-65, p. 84; (1965-66) 68 R. du N. 277.

27 Sur le régime avant le Bill 10, voir COMTOIS, R., *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, 1968, pp. 82 et ss, l'arrêt dont il s'agit est le suivant: *Dame Brower c. Simak*, (1961) C.S. 297.

28 *Audet c. Failles*, (1923) 61 C.S. 92; *Turbide c. Tremblay*, (1925) 65 C.S. 254; *Jacques c. Lessard* (1931) 52 B.R. 325. Voir FARIBAULT, *Traité de Droit civil du Québec*, Vol. 10 (art. 1257-1471), pp. 65-66.

29 CARDINAL, J.-G., *Les actes du mineur sont-ils nuls?* (1959-60) 62 R. du N. 204. Voir aussi (1965-66) 68 R. du N. 277. COMTOIS, R. *Le droit et la capacité des parties dans les donations par contrat de mariage* (1967-68) 70 R. du N. 454.



Mais cette nullité relative apparaît presque comme une nullité "*sui generis*"; si l'action en nullité ne peut être intentée que par le mineur (ou le majeur de l'article 1263) ou par les personnes qui auraient dû l'assister, la loi édicte en revanche un délai de prescription très bref: un an depuis la majorité dans le cas du mineur; un an depuis la célébration du mariage dans le cas du majeur en curatelle, ou pourvu d'un conseil judiciaire. L'action ne peut être intentée que jusqu'à l'expiration de ce délai, ce qui évitera de laisser trop longtemps les tiers dans l'incertitude sur le régime des époux<sup>30</sup>.

### CONCLUSION

Le régime juridique applicable aux mineurs, aux prodigues et aux faibles d'esprit, s'il n'est pas tout à fait uniforme, comprend néanmoins dans l'un et l'autre cas, de nombreux points communs. Le principe *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*, étendu aux majeurs, est encore valable: le même consentement est exigé pour le mariage et le contrat de mariage.

---

30 MAZEAUD, H., L. et J., *op. cit.*, p. 98.