

## Les Cahiers de droit



# Quelques notes sur le concept d'abandon en matière de divorce

Michèle Rivet

Volume 14, Number 4, 1973

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/041784ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/041784ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Rivet, M. (1973). Quelques notes sur le concept d'abandon en matière de divorce. *Les Cahiers de droit*, 14(4), 677–685. <https://doi.org/10.7202/041784ar>

---

### Quelques notes sur le concept d'abandon en matière de divorce

Michèle RIVET \*

*Provençal v. Leclerc*  
C.A. Montréal, n° 13,742  
Arrêt du 12 janvier 1974

« Tout décret de divorce, étant une mesure judiciaire lourde de conséquences juridiques et sociales, ne saurait être accordé hors les cadres spécifiques et les cas explicites permis par la *Loi sur le divorce* »<sup>1</sup>.

Cet énoncé d'un principe sous-jacent à tout notre droit du divorce, celui de l'interdiction du divorce par consentement mutuel, a conduit récemment la Cour d'appel à refuser un divorce malgré la volonté des deux époux de l'obtenir.

L'affaire est intéressante. Elle traite des articles 4(1)(e), notamment (4)(1)(e)(ii) qui, à notre connaissance ont très peu souvent fait l'objet de décisions de la Cour d'appel<sup>2</sup>. Les juges de la Cour d'appel étudient aussi la portée de l'art 5(3) de la loi<sup>3</sup>. L'analyse de ces deux points permet au juge Lajoie, parlant en son nom et en celui du juge Brossard, de rejeter la requête en divorce. Sur l'un et l'autre points, nous ne sommes pas d'accord avec la Cour d'appel.

Mais d'abord les faits.

---

\* Avocat, professeur, Faculté de Droit, Université Laval.

1. *Provençal v. Leclerc* ; ont rendu la décision : MM. BROSSARD et LAJOIE ; M. TURGEON fut dissident ; le juge BROSSARD, à la p. 2 ; *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8.
2. L'art. 4(1) de la *Loi sur le divorce* se lit : « En sus des causes spécifiées à l'article 3, et sous réserve de l'article 5, un conjoint peut présenter une requête en divorce à un tribunal, lorsque les conjoints vivent séparés l'un de l'autre, parce que leur mariage a subi une rupture définitive à cause de l'une ou plusieurs des circonstances suivantes que spécifie la requête, savoir :  
e) Les conjoints ont vécu séparés l'un de l'autre :  
(i) pour une raison autre que la raison mentionnée au sous-alinéa (ii), pendant les trois ans, au moins, ou,  
(ii) à cause de l'abandon de l'intimé par le requérant, pendant les cinq ans, au moins, précédant immédiatement la présentation de la requête ».
3. « Lorsqu'un conjoint s'oppose à une requête en divorce, le tribunal peut prononcer en faveur de ce conjoint les conclusions qui auraient pu être prononcées en sa faveur s'il avait présenté au tribunal une requête demandant ces conclusions et si le tribunal avait eu compétence pour entendre la requête en vertu de la présente loi ». 1967-68, c. 24, art. 5.

Dame Leclerc, institutrice, épouse le 17 octobre 1959 à l'âge de 20 ans — « J'avais vingt ans, monsieur, j'étais inconsciente » —<sup>4</sup> Sieur Provençal, peintre en bâtiments. Les difficultés financières très tôt perturbent la vie du couple; Sieur Provençal est très souvent en chômage; chômage saisonnier, prétendait-il; inconscient et irresponsable, soutenait Madame... Quelque onze ans après le mariage, Dame Leclerc quitte la maison où la vie est devenue impossible emmenant avec elle ses trois filles. Le 27 janvier 1970, elle demanda le divorce aux motifs que son mari et elle ne font plus vie commune depuis un peu plus de quatre ans. Sieur Provençal conteste et soutient que madame a délibérément quitté le foyer conjugal et dit qu'elle s'est rendue coupable d'abandon et donc que sa requête est prématurée.

En 1<sup>re</sup> instance, le tribunal a accueilli la requête et prononcé un jugement conditionnel; en portant l'affaire en appel, Sieur Provençal demande le rejet de la requête, et que le divorce soit prononcé en sa faveur, aux termes de l'art. 5(3) de la loi.

### I - La signification de l'art. 5(3) de la Loi sur le divorce

La Cour d'appel a refusé de se rendre à la demande de l'appelant et de prononcer « en faveur de ce conjoint les conclusions qui auraient pu être prononcées en sa faveur s'il avait présenté au tribunal une requête ».

Le juge Lajoie<sup>5</sup> s'appuie sur l'art. 19(1) de la loi<sup>6</sup> et sur l'art. 1 des règles de pratique aussi édictées<sup>7</sup>. Il conclut que l'art. 468 du *Code de procédure civile*, « Le tribunal ne peut adjuger au-delà de ce qui est demandé », l'empêche de se rendre à la demande de Sieur Provençal.

Nous pensons au contraire que l'art. 468 du *Code de procédure civile* ne peut pas s'appliquer, justement parce qu'il est contraire à l'art. 5(3) de la *Loi sur le divorce*. Cet article de la *Loi sur le divorce* donne, à notre avis, au tribunal un rôle plus grand à jouer que dans les autres procès civils; il participe de la même philosophie que l'art. 8 qui impose au tribunal de réconcilier les époux. Le tribunal peut donc rendre toute décision qui lui semble appropriée.

4. *Op. cit.*, notes du juge LAJOIE, p. 9.

5. *Op. cit.*, aux pages 9 et 10.

6. L'art. 19(1) de la loi se lit: « Un tribunal ou une cour d'appel peuvent établir des règles de pratique applicables à toutes procédures en vertu de la présente loi dans la limite de leur compétence ».

7. « Règles de Pratique de la Cour supérieure de la Province de Québec », 7 juin 1968, *Gazette Officielle de Québec*, du 22 juin 1968, n° 26 p. 3470. L'art. a été modifié quant à la forme, *Gazette Officielle* 2 avril 1973, art. 1, p. 1167. Il se lit: « Sauf si elles sont incompatibles avec les présentes règles de pratique, les dispositions du *Code de procédure civile* et les règles de pratique de la Cour supérieure, générales et spéciales, s'appliquent en matière de divorce, en autant que faire se peut et en autant qu'elles ne contreviennent pas à la *Loi du Divorce* (16 Elizabeth II, chapitre 24) et aux règlements de divorce adoptés par le gouverneur en conseil en vertu de ladite Loi ».

Peu d'arrêts<sup>8</sup> semblent s'être penchés sur l'interprétation à donner à l'art. 5(3).

En 1971, la Cour supérieure<sup>9</sup>, tribunal de 1<sup>re</sup> instance il est vrai, s'est servie de l'art. 5(3) pour rejeter une requête en désistement présentée après que l'intimée eut signifié une contestation de la requête accompagnée d'une demande reconventionnelle. Les tribunaux des provinces canadiennes-anglaises ont surtout insisté sur le fait que l'art. 5(3) en ce qui a trait aux mesures accessoires, devait être lu en conjonction avec l'art. 11 ; ainsi le rejet d'une requête en divorce entraîna le rejet de mesures accessoires<sup>10</sup>.

Par ailleurs, on a déjà estimé<sup>11</sup> que l'art. 5(3) devait être pris en considération par le tribunal « if a respondent opposes the divorce on the ground that he or she should be entitled to say that he or she divorced the other, the court may deal with this issue under s. 5(3) of the Act without the necessity of a counter petition »<sup>12</sup>. Une telle interprétation donnée à l'art. 5(3) est à notre sens beaucoup trop restrictive. Comme il n'y a qu'en matière de séparation de fait<sup>13</sup> sans abandon que l'un ou l'autre des époux peut demander le divorce pour le même motif, l'argument de l'arrêt de la Saskatchewan<sup>14</sup>, revient à relier inévitablement l'art. 5(3) et l'art. (4)(1)(e)(i) de la loi.

Nous sommes portés à croire que le tribunal se conforme à l'art. 5(3) toutes les fois où il prononce un divorce bien qu'une telle conclusion ne soit pas demandée, si l'intimé s'est opposé à la requête en prouvant par le fait même un motif de divorce. C'est finalement l'interprétation exégétique de l'art. 5(3) qui doit triompher<sup>15</sup>.

## II - Les éléments requis pour qu'il y ait abandon

La Cour d'appel du Québec a été appelée à se prononcer sur le sens du terme « abandon » de l'art. 4(1)(e)(ii). Nous verrons donc en premier lieu cette interprétation pour ensuite étudier les décisions des tribunaux des provinces canadiennes-anglaises et terminer par le droit anglais.

8. Et à notre sens la doctrine semble également s'être très peu préoccupée d'étudier cette question.

9. *Roger v. Swaffield*, [1971] C.S. 24, à la p. 27.

10. « C'est en prononçant le jugement conditionnel de divorce » que le juge peut statuer sur les mesures accessoires, voir notamment *Galbraith v. Galbraith*, (1969) 70 W.W.R. 744, (1970) 28 D.L.R. (3d) 24.

11. *Mattson v. Mattson and Seabrook*, (1972) 4 R.F.L. 6, (1971) 3 W.W.R. 429 (Sask. Q.B.).

12. *Op. cit.*, à la p. 10.

13. Art. 4(1)(e)(i).

14. *Mattson v. Mattson et Seabrook*, *op. cit.*, note (11).

15. L'interprétation exégétique du texte doit, dans la mesure du possible, être préférée à une interprétation empruntée aux règles du *Code de procédure civile*, ou aux règles de la preuve qui trouvent force quand la loi elle-même est muette. Comparer *Ewasuik v. Ewasuik*, 7 D.L.R. (2d) 525 aux arrêts *B. v. Dame D.*, [1971] C.S. 413 et *Giroux v. Ouellette* [1972] C.S. 723 ; voir aussi J.-P. GRÉGOIRE, « De la portée des admissions du conjoint accusé d'un délit conjugal », (1972) 32 *R. du B.* 298, à la p. 303.

### A) L'opinion de la Cour d'appel

« Il y a abandon, précise le juge Lajoie <sup>16</sup>, lorsque l'un des époux quitte l'autre, contre son gré, pour vivre séparé, sans cause juste ou excuse légitime et avec l'intention de terminer définitivement la relation matrimoniale, de rompre définitivement le mariage »... Et un peu plus loin <sup>17</sup>: « Il n'y a pas de différence substantielle entre le cas d'un époux qui désire cesser la vie commune et quitte son conjoint et celui de l'époux qui, avec la même intention, se conduit de façon à forcer son conjoint à le quitter ».

C'est ainsi que les lois canadiennes antérieures <sup>18</sup> au divorce l'entendaient.

La question qu'il faut donc se poser est la suivante : Dame Leclerc a-t-elle quitté son mari avec une excuse raisonnable? L'a-t-elle abandonné ou s'en est-elle séparée parce que la vie commune était devenue impossible?

Le juge Turgeon, dissident, a répondu par l'affirmative à la deuxième question et, selon lui, le divorce aurait dû être accordé à Dame Leclerc puisqu'elle ne devait alors plus se conformer aux prescriptions de l'art. 4(1)(e)(ii). Quelles raisons retient-il? L'époux a gravement manqué à son obligation de fournir à sa femme et à ses enfants ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie <sup>19</sup> et le départ de l'épouse du foyer n'eut lieu qu'après mûre réflexion de sa part. Au contraire, le juge Lajoie ne trouve pas d'excuse raisonnable au départ de l'épouse <sup>20</sup>.

Tout est donc ici question d'apprécier les faits.

La décision de la Cour d'appel est sur cette question de la définition « d'abandon » intéressante. Nous aurions aimé, peut-être, qu'elle soit davantage développée. Au concept d'abandon pour juste cause qui selon la Cour d'appel équivaut à une séparation doit être rapproché celui de *constructive desertion* <sup>21</sup>.

Par ailleurs, on peut se demander si le rappel du droit anglais et des lois canadiennes antérieures à 1968 <sup>22</sup> est véritablement pertinent. Le concept

16. À la p. 6.

17. À la p. 7.

18. Notamment, précise le juge LAJOIE, *The Divorce and Matrimonial Causes Act*, 1857, 20-21 Vict. c. 85; *La Loi du mariage et du divorce*, S.R.C. 1927, 127, S.R.C. 1952, 176, par ailleurs, « permettait d'opposer, à la demande de divorce formée par l'épouse pour cause d'adultère du mari, la preuve que l'épouse a déserté son mari ou s'en est séparée volontairement et sans excuse raisonnable », à la p. 8.

19. À la p. 2. « C'est volontairement, par paresse et insouciance que l'appelant négligea de subvenir aux besoins de sa femme et de ses enfants ».

20. « En l'absence d'une preuve prépondérante que le mari négligea volontairement, par inimitié, paresse ou insouciance, de subvenir aux besoins de sa famille et de fournir à celle-ci le niveau de vie auquel l'épouse s'attendait, je conclus que le départ de Lucette LECLERC n'était pas justifié et qu'il fut un abandon par elle de Adélarde PROVENCAL », à la p. 9.

21. La Cour d'appel n'utilise pas le terme. Le *constructive desertion*, c'est l'abandon pour juste cause qui fait du conjoint qui quitte le foyer l'époux abandonné et de celui qui reste l'époux abandonnant.

22. Au moment où la *Loi sur le divorce* est entrée en vigueur.

d'abandon doit-il y être aussi compris? Ne sommes-nous pas en présence d'une définition statutaire nouvelle de l'abandon?<sup>23</sup>.

### B) L'interprétation des provinces canadiennes-anglaises

Le problème se pose à cause de la rédaction de l'art. 4(1)(ii) et de l'agencement des arts 3 et 4 de la loi. Alors que l'art. 3 adopte la thèse du divorce, sanction de l'époux coupable d'un délit conjugal que l'on punit, l'art. 4 choisit un critère objectif, celui de l'échec du mariage, à l'intérieur duquel, tout à coup, il introduit la notion de faute en « punissant » l'époux coupable d'abandon par une attente plus longue (cinq ans au lieu de trois). Mais néanmoins, le divorce lui est possible.

Le concept d'abandon s'éloigne-t-il beaucoup de celui de la *Common Law*<sup>24</sup>? (The canadian draftsmen) have provided that the guilty spouse, the deserter, can rely upon his own matrimonial wrongdoing, the fact of his having deserted his spouse, and himself petition for divorce on that basis. This is a staggering departure from traditional notions of matrimonial fault, matrimonial fault.

« In all the other Common Law jurisdictions which have been examined above, even in Australia where the marriage breakdown and fault grounds for divorce are included in the same section of the statute, the traditional concept of desertion as a matrimonial fault has been preserved so that the guilty spouse may not seek the matrimonial relief of divorce; the petition could only be brought by the "innocent" spouse. In Canada, however, this concept is

23. La question s'est posée pour la cruauté mentale (art. 3d de la loi) avec beaucoup plus d'acuité: Voir notamment M. W. AMADIO: «Section 3(d) of the *Divorce Act*, 1968: Common Law codified or a statutory definition?», (1969 3 *Ottawa L. Rev.* 687; E. DELEURY et M. RIVET, *Droit civil — droit des personnes et de la famille*, P.U.L., 1973, aux pages 155ss. Tout récemment la Cour d'appel du Québec réaffirmait à nouveau sa position: « Depuis l'adoption de la *Loi sur le divorce*, il a été décidé dans de nombreux arrêts que ce qui est essentiel c'est que la cruauté mentale ou physique soit de nature à rendre intolérable la continuation de la cohabitation des époux, tel que le mentionnait l'Honorable Juge SMITH de la Cour d'appel du Manitoba dans *Galbraith v. Galbraith*, (1969) 5 D.L.R. 543, à la p. 547 », décision *Grenier v. Villeneuve*, n° 9375, Québec, décembre 1973.

24. M. K. MASTER, « Section 4(1)(e) of the *Divorce Act* — difficulties of judicial Interpretation of legislative draftmanship » (1971) 2 R.F.L. 1, à la p. 34. M. K. MASTER poursuit: « In the *Divorce Act*, the language of s. 4(1)(e)(ii) unfortunately uses this term of art but gives it quite a different significance. Under s. 4(1)(e)(ii) desertion is not treated as a matrimonial fault which can be used as a ground for divorce by the innocent spouse. It is treated as evidence of marriage breakdown under which, if the wrongdoing spouse can show that for the past five years he has continuously committed this fault he could obtain a divorce which would free him from any obligation to live with the « innocent spouse ».

« The use of the Common Law concept of desertion is thus very restricted under the *Canadian Divorce Act*. It really comes into effect only in the limited time period between subs. (i) and (ii) of s. 4(1)(e). Section 4(1)(e)(i) provides that the petitioner may use as a ground for divorce the fact of marriage breakdown which is evidenced by the spouses having lived separate and apart for three years. The underlying cause for the spouses living separate and apart should be any cause other than the traditional Common Law fault of desertion ».

radically altered by the draftsmen who appear to treat "desertion" as a term which is shorn of the effect in common law jurisprudence of a matrimonial fault ».

Les tribunaux n'ont pas été tellement touchés par ces distinctions <sup>25</sup>.

Dans une décision où les points de droit discutés étaient analogues à ceux de l'arrêt ici étudié, le juge Tucker <sup>26</sup> s'est carrément servi du droit anglais pour étayer son jugement. Dans cette affaire <sup>27</sup>, il s'agissait d'un époux qui demandait le divorce au motif que sa femme l'avait quitté, selon l'art. 4(1)(e)(i) : le tribunal a décidé : « In my opinion he was not so entitled. *Lang v. Lang*, (1954) 2 All E.R. 571, a decision of the Privy Council, set out the rule in respect of a similar situation as follows :

Where a husband's treatment of his wife is such that a reasonable man would know that it will necessitate her leaving him if she acts as any reasonable person would, he is guilty of desertion, even though he hopes and desires that she should remain.

« This statement was referred to as the most authentic guide on constructive desertion by Lord Merriman, P., in *Marjoram v. Marjoram*, (1955) 2 All. E.R. 1.

« On the evidence I am satisfied that the harsh and cruel treatment by the husband of his wife herein was such that a reasonable man would know that it would necessitate her leaving him if she acted as a reasonable person would. I cannot even find on the evidence that he hoped and desired that she should remain. I am satisfied on the evidence he wanted her to leave and said so. He therefore, in my opinion, deserted his wife on October 7, 1962, when she left the marital home ».

Toute la question encore ici tourne autour des motifs raisonnables pour quitter qui déterminent, si oui ou non, il y a abandon <sup>28</sup>.

D'une manière générale, il semble admis que les critères pour établir s'il y a abandon, sont les suivants : « To prove that the petitioner deserted, the respondent (et par conséquent que le requérant doit voir sa requête refusée sous 4(1)(e)(i)), he would have to establish :

25. Le juge McINTYRE précise bien cependant dans l'affaire *Kennedy v. Kennedy*, (1968) 2 D.L.R. (3d) 405, 67 W.W.R. 91, (1971) 1 R.F.L. 217 (B.C. S.C.), qu'il n'est pas lié par le droit de *Common Law*, pour arriver néanmoins à une solution identique. « I may say that while I do not consider our courts to be bound by Australian, New Zealand or English authorities dealing with similar but no identical statutory provisions, it is interesting to observe that my conclusions here are consistent with such authority. I refer among many other decisions to *McRostie v. McRostie*, [1955] N.Z.L.R. 631 and the cases cited therein ».

26. De la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan qui est pour cette province la Cour de 1<sup>re</sup> instance en matière de divorce.

27. *Struck v. Struck*, (1971) 14 D.L.R. (3d) 630, (S.Q.B.).

28. *Perrin v. Perrin*, (1969) 3 D.L.R. (3d) 139, (S.Q.B.), à la p. 141 : « Under the circumstances, I could not possibly find in fact, or in law, that the respondent had been deserted. The petitioner simply withdrew from an intolerable situation and was justified in doing so ».

- « 1. that there was a *de facto* separation between the parties ;
- « 2. that the petitioner intended to remain permanently separated ;
- « 3. that the respondent did not consent to the separation ; and
- « 4. that the petitioner did not have any reasonable cause for living separate from the respondent »<sup>29</sup>.

L'abandon par l'un des conjoints peut prendre diverses formes. Il s'agit de l'intention de détruire le *consortium vitae* d'une manière irréversible<sup>30</sup>. Aussi, lorsqu'un mari reconnaît qu'il a une obligation morale à visiter sa femme hospitalisée pour une maladie incurable, il n'a pas l'intention de détruire le *consortium vitae* et par conséquent il n'abandonne pas<sup>31</sup>. De même, quand la cessation de la cohabitation n'est pas causée par une faute quelconque d'un époux, on ne peut pas parler d'abandon<sup>32</sup>.

Il semble donc que le concept d'abandon, tel que discuté par les tribunaux canadiens-anglais soit articulé selon le droit anglais, malgré un texte différent de celui du droit anglais. Pour eux l'abandon est une faute ; il faut l'*animus deserendi* : « Desertion means the cessation of cohabitation brought about by the fault or act of one of the parties »<sup>33</sup>.

C'est en ce sens d'ailleurs que s'exprime D. Mendès Da Costa : « The word desertion is not defined in the Act and has been interpreted by reference to the meaning of desertion as generally understood in matrimonial law. And in matrimonial law desertion includes constructive desertion »<sup>34</sup>.

29. *Reid v. Reid*, (1972) 31 D.L.R. (3d) 121, (1973) 9 R.F.L. 44, à la p. 122 ; voir aussi *March v. March*, (1971) 14 D.L.R. (3d) 44 (O.H.C.), (1970) 3 O.R. 720 renversé en appel, (1971) 17 D.L.R. (3d) 530, (1971) 2 O.R. 278, (1972) 4 R.F.L. 1 ; *Scharner v. Scharner*, (1970) 72 W.W.R. 443, (1970) 10 D.L.R. (3d) 61, (S.Q.B.), *Burke v. Burke*, (1972) 7 R.F.L. 244 (O.S.C.).

30. *Gladman v. Gladman*, (1969) 6 D.L.R. (3d) 350 (B.C.S.C.) qui reprend les propos du juge MCINTYRE dans l'arrêt *Kennedy v. Kennedy*, voir *supra* note 25.

31. *Norman v. Norman*, (1973) 32 D.L.R. (3d) 262, (1973) 11 R.F.L. 105 (N.S. S.C.).

32. « The cessation of cohabitation has not been brought about by the fault or act of the petitioner. There has been no intention on the part of the petitioner to wrongfully bring the cohabitation to an end in this case. Cohabitation has been brought to an end here by the incurable and fragile state of the respondent's health. The circumstances which have destroyed the matrimonial consortium between those two people were completely beyond the control of either of them. It cannot be said that the petitioner has been guilty of desertion ». *Brinnen v. Brinnen*, (1973) 28 D.L.R. (3d) 110, (1972) 4 W.W.R. 464, 7 R.F.L. 113. Cet arrêt discute aussi de l'*animus* requis pour qu'il y ait séparation au sens de l'art. 4(1)(e)(i) ; il retient qu'il n'est pas nécessaire que l'intention de vivre séparé soit bilatérale et continue, contrairement à *Norman v. Norman*, note 31 et à une longue série d'arrêts y cités. « Mais c'est là l'art. 4 (1)(e)(i) et non pas 4 (1)(e)(ii) » ; voir aussi *McDorman v. McDorman*, (1973) 11 R.F.L. 83 (N.B.S.C.).

33. *Frowd v. Frowd*, (1904) P. 177, à la p. 179 cité dans *Brinnen v. Brinnen*, *op. cit.*, note 32.

34. C. Mendès DA COSTA, *Divorce in Studies in Canadian Family Law*, vol. 1, 1972, Butterworths, p. 359, à la p. 498 ; aussi *Délibérations* du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes chargé d'enquêter sur le divorce, *Rapport final*, p. 31.



### C) Le droit anglais

La nouvelle loi anglaise sur le divorce date de 1969<sup>35</sup> ; le législateur anglais n'a énoncé qu'un seul motif de divorce, l'échec du mariage qu'il présume dans certains cas, notamment à l'art. 2(c) : « That the respondent has deserted the petitioner for a continuous period of at least two years preceding the presentation of the petition ».

En conservant l'abandon, le législateur maintenait donc aussi les règles déjà établies sur les éléments constitutifs de l'abandon. « *The Divorce Reform Act 1969*, would seem to make no difference to the notion of desertion, about from the reduction of the time required period of two years »<sup>36</sup>.

Un arrêt du Conseil Privé s'est penché en 1954<sup>37</sup> sur les éléments constitutifs de la *constructive desertion* et notamment de l'intention de l'auteur d'un tel abandon. Celui qui force son conjoint à quitter le domicile doit-il avoir une intention malicieuse pour qu'il y ait abandon de son conjoint ?

En d'autres termes, si Dame Leclerc avait, aux yeux de la Cour d'appel, quitté pour motifs raisonnables, eut-il fallu en plus que Sieur Provençal ait eu un *animus desiderendi* pour être coupable d'abandon ?

La question n'a pas été comme telle soulevée dans les provinces canadiennes-anglaises malgré le fait que les arrêts rendus par ces tribunaux aient, à plusieurs reprises, mentionné s'inspirer du droit anglais.

Le droit anglais est d'ailleurs très peu clair sur ce point précis. L'ensemble des arrêts anglais semble admettre qu'il faille une intention malicieuse. Mais « The intention to be inferred in cases of constructive desertion may, because of the nature of the idea, possibly be different from that required in cases of actual desertion... The intention may be deemed, for the purposes of the idea (...) to drive the other out of the matrimonial home »<sup>38</sup>. Cette intention n'est pas nécessairement celle que le conjoint porte ; elle consiste à vouloir continuer à poser tels ou tels actes (ex. refuser de nourrir, etc.) qu'elles qu'en soient les conséquences sur le conjoint<sup>39</sup>.

Aussi comme le conclut M. Bates<sup>40</sup> :

« 1. An *animus desiderendi* is an essential component of constructive desertion ;

35. *The Divorce Reform Act*, 1969, c. 55 ; une consolidation en 1973 a repris tous les statuts relatifs à ce domaine dans le *Matrimonial Causes Act 1973*, mais n'a pas modifié la loi de 1969 ; voir R. L. WATERS, « Matrimonial Causes Act », (1973) 117, *The Sol. J.* 557.

36. F. BATES, « Animus deserendi in constructive desertion », (1970) 33 *M.L.R.* 144.

37. *Lang v. Lang*, (1954) 3 All. E.R. 571.

38. F. BATES, *op. cit.*, p. 151.

39. *Lang v. Lang*, *op. cit.*, p. 580.

40. F. BATES, *op. cit.*, p. 153 ; on peut aussi consulter : F. BATES, « Separation and desertion — a commonwealth postscript », (1971) 34 *M.L.R.* 418.

- « 2. Such an intention will be normally inferred where the respondent's conduct was such as would inevitably cause the petitioner to leave the matrimonial home ;
- « 3. The standard to be applied is a subjective one. »

### CONCLUSION

L'abandon, en droit anglais mais aussi en droit canadien, semble inextricablement lié au concept de faute.

On peut se demander si la Commission de Réforme du droit du Canada ne devrait pas se pencher sur la question pour tenter de la clarifier : ou l'abandon implique une faute, un *animus desiderendi* comme les tribunaux l'ont interprété, mais il doit alors se trouver à l'art. 3 ; ou on le dégage de toute faute, mais alors, il faudrait le préciser législativement et surtout peut-être enlever toute « pénalité à l'époux qui abandonne ».

C'est sans doute la conception même du divorce-sanction qu'il faudrait repenser ; et pourquoi pas toute la question d'un divorce soumis à une procédure de *type accusatoire et entre les mains des avocats exclusivement*.