

Regards sur le nouveau droit de la famille au Canada anglais et au Québec

Denyse Guay-Archambault

Volume 22, numéro 3-4, 1981

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042465ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042465ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Guay-Archambault, D. (1981). Regards sur le nouveau droit de la famille au Canada anglais et au Québec. *Les Cahiers de droit*, 22(3-4), 723-784. <https://doi.org/10.7202/042465ar>

Résumé de l'article

The English origin of the law in the Common law jurisdictions in Canada makes it mandatory to study common law and English statutory law. It is through those that we can follow the development of a family property law in English Canada. Starting from an individualistic view of the spouses' property, we shall witness the emergence of the idea of « family assets » which has been « enshrined » in recent legislation.

The law of Québec has evolved differently. Though of Trench origin, it has not kept as near its mother-country as its neighbour's has done with English law. Furthermore, due to its civilian character, its principles of private law are to be found in the *Civil Code*. This favours a different approach. That is why we will generally confine our study to those rules which are to be found in the *Code civil du Bas-Canada* and to the newly adopted *Code civil du Québec*. We will see what has become of the original community of property and compare the present law of Québec with recent legislation in English Canada.

Regards sur le nouveau droit de la famille au Canada anglais et au Québec

Denyse GUAY-ARCHAMBAULT *

The English origin of the law in the Common law jurisdictions in Canada makes it mandatory to study common law and English statutory law. It is through those that we can follow the development of a family property law in English Canada. Starting from an individualistic view of the spouses' property, we shall witness the emergence of the idea of « family assets » which has been « enshrined » in recent legislation.

The law of Québec has evolved differently. Though of French origin, it has not kept as near its mother-country as its neighbour's has done with English law. Furthermore, due to its civilian character, its principles of private law are to be found in the Civil Code. This favours a different approach. That is why we will generally confine our study to those rules which are to be found in the Code civil du Bas-Canada and to the newly adopted Code civil du Québec. We will see what has become of the original community of property and compare the present law of Québec with recent legislation in English Canada.

	<i>Pages</i>
Introduction générale	724
1. Les rapports patrimoniaux des époux dans les provinces de common law	726
Introduction	726
1.1. La situation des époux pendant le mariage	727
1.1.1. La common law	727
1.1.2. L' <i>equity</i>	728
1.1.3. Les <i>restraints on anticipation</i>	729
1.1.4. Les <i>Married Women's Property Acts</i>	729
1.1.5. La protection de la résidence familiale	730
1.1.5.1. Le droit d'habitation	730
1.1.5.2. Le <i>homestead</i>	732
1.1.5.3. Les lois nouvelles	733

* Avocat. L'auteur désire souligner l'aide apportée par le ministère de la Justice du Québec à la préparation de ce texte.

	<i>Pages</i>
1.2. La situation des époux à la dissolution	735
1.2.1. <i>Le dower</i> et le <i>curtesy</i>	735
1.2.2. Les techniques de partage	736
1.2.2.1. Le droit des biens en <i>common law</i>	736
1.2.2.2. Application du droit des biens à la dissolution du mariage	736
1.2.2.2.1. La présomption de donation	737
1.2.2.2.2. Le <i>trust</i>	738
1.2.2.2.3. Les deux « écoles » de pensée	741
1.3. Les lois nouvelles	748
1.3.1. Le partage ; un droit ou un privilège ?	748
1.3.1.1. Le partage, un droit, ou les systèmes de partage différé	750
1.3.1.1.1. Les biens sujets à partage	750
1.3.1.1.2. La discrétion judiciaire	752
1.3.1.2. Le partage ; un privilège, ou les systèmes à base de discrétion judiciaire	754
1.3.1.3. L'exercice de la discrétion judiciaire	756
1.3.1.3.1. En Angleterre	756
1.3.1.3.2. Au Canada	757
Conclusion	763
2. Les rapports patrimoniaux des époux au Québec ; une comparaison	764
Introduction	764
2.1. Deux points de vue	765
2.2. Le droit traditionnel	766
2.3. Le droit nouveau	768
2.4. La liberté des conventions matrimoniales	768
2.5. La situation des époux pendant le mariage	770
2.5.1. Le régime primaire	770
2.5.2. La protection de la résidence familiale	771
2.5.2.1. Les meubles	771
2.5.2.2. L'immeuble	772
2.5.2.3. La qualification des biens	773
2.6. La situation des époux à la dissolution	776
2.6.1. La résidence familiale	776
2.6.2. Les règles du partage	777
2.6.3. Le partage ; un droit ou un privilège ?	778
Conclusion	781
Conclusion générale	783

Introduction générale

Au Canada, la dualité culturelle a permis au droit de s'alimenter à deux sources différentes. Dès 1663, le Canada, alors possession française, reçoit, par l'édit créant le Conseil souverain, le droit en vigueur en France. Le Traité

de Paris, signé en 1763, est d'abord évasif quant aux lois devant régir la nouvelle colonie britannique. Suit alors, la même année, la Proclamation Royale qui introduit le droit anglais au Québec. Dix ans plus tard cependant, la colonie recouvre, par l'Acte de Québec, l'usage de ses lois civiles¹. Ce sont ces lois, fondées sur la Coutume de Paris, que l'on retrouve dans nombre de dispositions du *Code civil* de 1866² actuellement en vigueur au Québec. La codification de ce droit coutumier mais écrit, constitue la dernière phase de l'établissement au Québec d'un système de droit civil d'origine française.

Un siècle après l'édit du Conseil souverain, suite à la conquête et surtout à l'arrivée massive des loyalistes fuyant l'Amérique révolutionnaire, le Canada anglais reçoit le droit en vigueur en Angleterre le 15 octobre 1792. Le premier parlement du Haut-Canada édicte en effet que, dans cette province, la propriété et les droits civils seraient régis par les lois anglaises de l'époque³. Depuis lors, le droit des provinces anglaises évolue dans le même sens qu'en Angleterre quant à la propriété et aux droits civils.

Si le deux systèmes de droit privé sont et demeurent fondamentalement différents, il n'empêche que les Québécois subissent dans les faits l'influence de leurs voisins. C'est ainsi qu'ils ont, en grand nombre et depuis fort longtemps, l'habitude d'opter, par le choix de la séparation contractuelle de biens, pour un régime matrimonial semblable aux règles gouvernant la situation des époux en « common law ». Face à cette situation, le législateur québécois a cherché à adapter le droit aux faits. À cette fin, il a adopté, en 1969, le régime légal de la société d'acquêts. Plus récemment, soit le 19 décembre 1980, dans le cadre d'une révision globale préparée par l'Office de révision du Code civil⁴, il a adopté le Projet de loi n° 89, *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*⁵. Ce nouveau Code, appelé *Code civil du Québec*, doit co-exister avec celui du Bas-Canada tant que la réforme ne sera pas entièrement complétée. C'est dans ces deux Codes que nous puiserons des éléments de comparaison avec les autres systèmes en vigueur au Canada, en tentant chemin faisant de vérifier l'affirmation à l'effet que :

-
1. *An Act for Making More Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, 14 Geo. 3, c. 83; voir à ce sujet P.B. MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, vol. 1, Montréal, Théoret, 1895, pp. 20-26.
 2. J. E.C. BRIERLEY, « Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed », (1968) 14 *McGill L.J.* 521.
 3. *The Property and Civil Rights Act*, R.S.O. 1970, c. 367. « In all matters of controversy relative to property and civil rights, resort shall be had to the laws of England as they stood on the 15th day of October 1792... ».
 4. P.A. CREPEAU, *Rapport sur le Code civil du Québec*, O.R.C.C., Québec, Éditeur officiel, 1977.
 5. L.Q. 1980, c. 39.

Si les régimes communautaires s'imprègnent peu à peu de séparatisme, les régimes de séparation doivent conserver ou reconstituer des institutions communautaires⁶.

En common law, l'évolution des rapports entre particuliers n'aboutit pas, comme en droit civil, à leur synthétisation sous forme de principes et applications ramassés dans un Code. Partant, là où il est facile de s'en tenir aux textes du Code pour comprendre une situation en droit civil, il faut, sur un même point en common law, faire largement appel à l'histoire pour bien saisir l'essentiel de la question. Ainsi en sera-t-il dans notre étude comparative sur les rapports patrimoniaux des époux au Canada.

Nous commencerons par le droit en vigueur dans les provinces de common law qui est plus long à expliquer en raison du rôle encore joué par d'anciennes institutions. L'aspect comparatif sera surtout perceptible en deuxième partie, consacrée à l'examen du droit civil et où il est exclu que nous traitions, vu l'ampleur des développements alors exigés, des successions et libéralités entrant normalement sous le couvert de l'expression « rapports patrimoniaux ».

Le chevauchement des juridictions fédérale et provinciales en matière de mariage a des incidences certaines sur le pouvoir des provinces de légiférer dans le domaine des rapports patrimoniaux des époux. Pour intéressant qu'il soit, ce problème doit être malgré tout ignoré parce qu'il déborde le cadre de notre analyse projetée.

1. Les rapports patrimoniaux des époux dans les provinces de common law

Introduction

Plus encore qu'en droit français, la connaissance de l'histoire est indispensable lorsqu'on aborde le droit anglais⁷. On pourrait même ajouter qu'étudier le droit anglais, c'est étudier l'histoire d'Angleterre. C'est donc avec l'histoire en toile de fond que nous entamerons l'étude du droit des provinces canadiennes, héritières du droit anglais.

Nous verrons d'abord les rapports patrimoniaux des époux en common law pendant le mariage. Ce droit « coutumier » répond bien, à l'origine, aux

6. L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, — Préface à A. ROUAST, J.B. HERZOG et I. ZAJTAY, *Le Régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, Tx et recherches de l'Inst. de droit comparé de l'Université de Paris, t. XIV, sous la direction de A. Rouast, Paris, L'épargne, 1957, p. IX.

7. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1966, par. 264, p. 319.

besoins d'une société féodale. Il n'en est plus de même lorsque les rapports en société deviennent plus complexes et, surtout, que les relations commerciales s'amplifient. C'est alors qu'apparaît l'*equity* qui facilitera l'adaptation aux réalités nouvelles. Le tout sera ensuite peaufiné au cours d'une période récente, dite législative.

Dans un deuxième temps, nous analyserons la situation des époux à la rupture. Nous verrons alors certaines institutions de common law comme le *dower* et le *curtesy*, mais nous nous intéresserons surtout aux techniques de partage développées par les tribunaux afin d'atténuer la rigueur de la séparation de biens. Ainsi, après avoir vu la présomption de donation, nous étudierons plus longuement le *trust*, cette création des tribunaux d'équité qui a joué un rôle primordial en droit anglais. Nous identifierons, en conclusion, les deux courants jurisprudentiels qui se sont développés autour du *trust* et qui ont inspiré les récentes réformes du droit de la famille au Canada anglais pour faire du partage des biens soit un droit, soit un privilège.

Nous tenons à souligner ici que nous n'explorerons pas systématiquement tous les aspects de toutes les lois provinciales adoptées ces dernières années sur le droit de la famille. Nous ne considérerons que ce qui touche la protection de la résidence familiale pendant le mariage et le partage des biens d'un ménage à la dissolution judiciaire. Quant à la diversité des lois dans les provinces anglaises, il faut préciser qu'elle est fort limitée. Certains affirment même que le droit de la majorité des provinces est celui de tout le Canada anglais⁸; ce qui nous permet de tenir presque uniquement compte du droit en vigueur dans les provinces où on s'est davantage intéressé à la réforme du droit ces dernières années.

Notons enfin qu'il n'est pas de tradition, dans les pays de common law, de considérer la loi comme expression normale du droit. Elle n'exerce véritablement son empire que lorsqu'elle a été appliquée et interprétée par les tribunaux; d'où l'importance accordée à la jurisprudence en l'espèce.

1.1. La situation des époux pendant le mariage

1.1.1. La common law

I will be master of what is mine own;
 She is my goods, my chattels; she is my house,
 My household stuff, my field, my barn,
 My horse, my ox, my ass, my anything⁹.

8. J.A. CLARENCE SMITH and J. KERBY, *Le droit privé au Canada, Études comparatives*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1975, par. 17.

9. Petruccio, dans *The Taming of the Shrew* de Shakespeare, acte III, scène 2.

Voilà la situation, à peine caricaturée sous la plume du poète, que la common law réserve à la femme mariée à la fin du XVI^e et au début du XVII^e siècle en Angleterre. Elle y est incapable d'administrer ses biens. C'est son mari qui le fait. Il peut même les aliéner. Elle est sous sa tutelle. Son mari ne peut évidemment contracter avec elle. Ce serait lui reconnaître une existence propre qu'elle n'a pas comme le rapporte Blackstone :

By marriage, the husband and the wife are one person in law : that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband ¹⁰.

Dicey pour sa part, décrit dans les termes suivants la situation des époux en common law :

(...) a husband on marriage became for most purposes the almost absolute master of his wife's property. The whole of her income, from whatever source it came (even if it were the earnings of her own work or professional skill), belonged to her husband. Then, too, a married woman, because her personality was merged in that of her husband, had no contractual capacity, i.e. she could not bind herself by a contract. Her testamentary capacity was extremely limited; she could not make a devise of her freehold property, and such testamentary powers as she possessed with regard to personal property could be exercised only with the consent of her husband, and this consent when given, might be at any time revoked. If she died intestate the whole of her personal estate either remained her husband's or became his on her death ¹¹.

On a pu, à une certaine époque, justifier l'unité de direction par la nécessité d'un vote prépondérant dans les décisions qui affectent la famille. Devait-on, pour autant, y ajouter le pouvoir exorbitant du mari sur les biens de sa femme ¹²? Les tribunaux d'équité ont répondu à cette question.

1.1.2. L'équité

C'est à la fin du seizième siècle que ces tribunaux reconnaissent la capacité de la femme mariée quant à certains biens ¹³. Elle peut disposer, tout comme si elle était célibataire, des biens qui lui sont attribués à titre personnel. C'est la reconnaissance de ce droit (*equitable separate estate*) qui ouvre une première brèche dans l'unité du couple sur le plan juridique.

10. St. G. TUCKER, *Blackstone's Commentaries*, vol. II, Philadelphie, Tucker éd., 1803, p. 441.

11. A.V. DICEY, *Law and Public Opinion in England*, 2^e éd. London, MacMillan and Co., 1962, pp. 373-374.

12. E. CAPARROS, *Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois*, Montréal, P.U.M. 1975, p. 31.

13. P.M. BROMLEY, *Family Law*, 3^e éd., Londres, Butterworths, 1966, p. 424.

1.1.3. Les *restraints on anticipation*

L'accession de la femme mariée à la capacité d'administrer et d'aliéner ses biens personnels en fait, croit-on, une victime toute désignée pour la captation. La Cour de la Chancellerie ressuscite donc, au début du dix-neuvième siècle, la notion de sexe faible que connaissait le droit romain¹⁴. Comme rien n'empêche plus la femme mariée de dilapider ses biens propres, on pourra les lui transmettre avec stipulation d'incessibilité. C'est le *restraint on anticipation*¹⁵ qui « anticipe » de la faiblesse du sexe. Il peut sembler étonnant que cette faiblesse ne soit que le fait des femmes mariées et non des célibataires qui continuent à profiter du droit des biens.

1.1.4. Les *Married Women's Property Acts*

À partir de 1870, les différents *Married Women's Property Acts*¹⁶ viennent en Angleterre, parachever l'œuvre d'émancipation de la femme mariée commencée par la doctrine du *equitable separate estate*, par l'introduction de la séparation de biens en Angleterre. Il est intéressant de noter que ce « régime » venait d'Amérique. En effet, le Massachussets le connaissait depuis 1845, tout comme plusieurs autres colonies anglaises d'Amérique, dont le Nouveau-Brunswick. Ses promoteurs, rapporte-t-on, citent d'ailleurs volontiers l'Amérique en exemple à leurs compatriotes¹⁷. Lorsque l'Ontario adopte à son tour *The Married Women's Property Act, 1884*¹⁸, il ne fait donc que reprendre à son compte une institution déjà « acclimatée ». Il opère, cependant là, la plus importante réforme jamais faite en cette province au sujet des droits patrimoniaux de la femme mariée :

It is the only fundamental legislative reform in property rights of married women that has occurred in the long history of Ontario¹⁹.

Le législateur y reprend la doctrine du *equitable separate estate*. Il donne à la femme mariée pleins pouvoirs sur tous ses biens. Elle ne peut cependant contracter que si elle possède des biens propres. Cette anomalie est toutefois corrigée en Ontario en 1897²⁰.

14. Voir pour la notion de *fragilitas sexus*, E. CAPARROS, *supra*, note 12, p. 31.

15. *Report on Family Law*, Part. IV, « *Family Property Law* », Ontario Law Reform Commission, Ministry of the Attorney General, 1974, p. 19, dorénavant cité *Ontario Report*.

16. Plus particulièrement la loi de 1882, 45 et 46 Vict., c. 75.

17. W.H. HOLLAND, « Reform of Matrimonial Property Law in Ontario », (1978) 1 *Rev. Canadienne de droit familial* 3, p. 4, note 4.

18. Stat. Ont. 1884, c. 19.

19. *Ontario Report*, *supra*, note 15, p. 20.

20. Stat. Ont. 1897, c. 22; voir à ce sujet *Ontario Report*, p. 20.

1.1.5. La protection de la résidence familiale

On retrouve le souci de protéger la femme mariée dans le traitement que réserve la common law à la résidence familiale pendant le mariage. Ainsi, le *dower* limite le droit du mari de disposer de la résidence familiale dont il est propriétaire²¹. C'est d'ailleurs aujourd'hui la seule portée pratique de cette institution²². Par contre, le droit d'habitation a une portée beaucoup plus grande.

1.1.5.1. Le droit d'habitation

Ce droit découle de l'obligation mutuelle de secours et d'assistance, dénommée droit au *consortium* en common law²³. Elle comporte pour le mari l'obligation d'offrir un toit à son épouse²⁴.

(...) One of the most obvious necessities of a wife is a roof over her head, and if we apply the old rule to modern conditions, it seems only reasonable to hold that when the husband is the tenant of the matrimonial home, the wife should have an irrevocable authority to continue the tenancy on his credit; and when he is the owner of it she should have an irrevocable authority to stay there. This authority, like the old one, is based on an irrebuttable presumption of law. The husband cannot revoke it except by order of the court...²⁵

Cette opinion de Lord Denning fut donnée dans un arrêt qui fit pour un temps triompher la tendance qui cherchait à adapter le droit aux réalités sociales et économiques de l'Angleterre d'après-guerre. Lord Denning y rend opposable aux tiers le droit de l'épouse abandonnée d'habiter la résidence familiale en vertu d'un droit appelé *deserted wife's equity*. La Cour de la Chancellerie avait, un an avant cette décision, désavoué cette opinion²⁶. À la suite de l'affaire *Bendall* elle est pourtant adoptée avec empressement par les tribunaux²⁷, jusqu'à son rejet définitif par la Chambre des Lords.

21. Le tiers qui veut contracter avec le mari doit d'abord s'assurer de la renonciation de l'épouse au douaire. Elle pourra alors prendre les mesures conservatoires qu'elle jugera opportunes. Pour une définition du *dower* voir *infra*, p. 20.

22. P.W. HOGG, « Distribution on Intestacy », (1973) 11 *Osgoode Hall L. J.* 479, p. 484.

23. Voir *Ontario Report*, *supra*, note 15 p. 35. Voir aussi W.H. HOLLAND, *supra*, note 17.

24. *Ontario Report*, *supra*, note 15, p. 35.

25. (1952) 2 Q.B. 466, p. 476 (C.A.).

26. *Thompson v. Eathy*, (1951) 2 All E.R. 235 (K.B.).

27. *Ferris v. Weaven*, (1952) 2 All E.R. 233 (Q.B.); *Lloyd's Bank v. Oliver's Trustees*, (1953) 2 All E.R. 1443 (Ch.); *Barclay's Bank v. Bird*, (1954) 1 All E.R. 449 (Ch.); *Street v. Denham*, (1954) 1 All E.R. 532 (Hampshire Assizes); *Woodcock v. Hobbs*, (1955) 1 All E.R. 445 (C.A.); *Westminster Bank v. Lee*, (1955) 2 A E.R. 883 (Ch.); *Churcher v. Street*, (1959) 1 All E.R. 23 (Ch.); voir également O. KAHN-FREUND, « Matrimonial Property-Some Recent Developments », (1959) 22 *Mod. L. Rev.* 241, p. 260, note 96.

Le plus haut tribunal du pays, dans l'affaire *National Provincial Bank v. Ainsworth*²⁸, donne en effet raison au créancier hypothécaire qui saisit l'immeuble abritant la résidence familiale. Le tribunal distingue les droits réciproques des époux de leurs rapports avec les tiers. L'épouse abandonnée peut habiter l'immeuble appartenant à son mari durant « bonne conduite » et tant qu'un logement convenable ne peut lui être fourni²⁹. Ce droit n'est cependant pas opposable aux tiers. Il incombait alors au législateur de corriger cette situation, ce qu'il fit lorsqu'il adopta le *Matrimonial Homes Act, 1967*³⁰.

Inspirée des recommandations de la *Royal Commission on Marriage and Divorce*³¹, que le professeur Kahn-Freund trouvait d'ailleurs peu hardies³², la loi permet au conjoint d'invoquer son droit d'habitation uniquement s'il ne dispose d'aucun autre recours. L'époux propriétaire ne peut expulser son conjoint qu'avec l'autorisation du tribunal. Le droit d'habitation grève l'immeuble et son enregistrement protège les tiers. On ne saurait pour autant affirmer que le principe de la loi est maintenant bien établi en Angleterre. Certains juges continuent à évoquer la règle de common law à l'effet que le droit de l'épouse dépend de sa bonne conduite³³. Si la Chambre des Lords ne se croit pas autorisée à expulser un époux de la résidence³⁴, la Cour d'appel prononce cette expulsion même à l'encontre du mari copropriétaire³⁵.

La règle de droit n'apparaît guère mieux établie au Canada, même si la plupart des provinces ont légiféré dans le même sens que la loi anglaise³⁶.

-
28. (1965) A.C. 1175, (1965) 2 All E.R. 472 (H.L.); voir à ce sujet, E.H. BURNS, *Cheshire's Modern Law of Real Property*, 12^e éd., London, Butterworths, 1976, p. 583.
 29. *Halden v. Halden*, (1966) 3 All E.R. 412 (C.A.).
 30. 1967, c. 75 U.K., modifié par *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* et *Matrimonial Causes Act 1973*.
 31. (1956) Cmd. 9678, recom. nos 78 et 79, par. 319 et 320, par. 667-686 et s.
 32. O. KAHN-FREUND, « Recent Legislation on Matrimonial Property », (1970) *Mod. L. Rev.* 601, p. 609.
 33. Voir L.J. Karminsky dans *Jones v. Jones*, (1971) 1 W.L.R. 396 (C.A.) p. 403.
 34. *Tarr v. Tarr*, (1972) 2 All E.R. 295 (H.L.); voir au sujet de la résidence familiale au Canada W.H. HOLLAND, *supra*, note 17, p. 28; voir aussi, *Matrimonial Property*, Institute of Law Research and Reform, The University of Alberta, Edmonton 1974, p. 26, dorénavant cité sous *Alta Report*; également M. CULLITY, « Matrimonial Property », dans *Studies In Canadian Family Law*, Mendès da Costa, vol. 1, Toronto, Butterworths, 1972, pp. 207 et s.
 35. Lord Denning dans *Gurasz v. Gurasz*, (1969) 3 All E.R. 822 (C.A.); voir au même effet *Jones v. Jones*, *supra*, note 31a.
 36. Ontario; *The Married Women's Property Act*, R.S.O. 1960, c. 229; Colombie-Britannique: *Married Women's Property Act*, R.S.B.C. 1960, c. 233; Manitoba: *The Married Women's Property Act*, R.S.M. 1970, c. M70; Nouveau-Brunswick: *Married Women's Property Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-4; Terre-Neuve: *The Married Women's Property Act*, R.S. Nfd 1970, c. 227; Nouvelle-Écosse: *Married Women's Property Act*, R.S.N.S. 1967, c. 176.

Dans l'affaire *Minaker v. Minaker*³⁷ la Cour Suprême du Canada accorde au mari propriétaire la possession exclusive du logis familial. Par ailleurs, ce même tribunal refuse d'entendre l'appel d'une décision où le juge avait refusé d'expulser une épouse qui invoquait la présomption de « licence »³⁸. L'analyse d'une série de décisions révèle que les tribunaux canadiens suivent, en général, la règle de l'arrêt *Ainsworth* à défaut d'intervention du législateur³⁹.

1.1.5.2. Le *homestead*

La première intervention législative en vue d'assurer la protection de la résidence familiale a eu lieu en Amérique. C'est sur ce continent, en effet, que les lois de *homestead* ont vu le jour. On en retrace l'origine dans une loi de la République du Texas du 26 janvier 1839⁴⁰. Ces lois sont sans rapport avec la common law ou l'*equity* et ont pour but d'assurer la paix sociale. La famille, élément par excellence de stabilité, se voit assurée d'un toit. Le *homestead* est, en effet :

the dwelling home constituting the family residence, together with the land on which it is situated and the appurtenances connected therewith⁴¹.

Considérant sans doute plus important d'assurer un logement que le paiement des dettes, le législateur soustrait le *homestead* aux créanciers postérieurs à sa création, sauf s'il s'agit de dettes encourues pour l'améliorer. D'une façon générale, il faut le consentement des deux époux pour en disposer⁴². À défaut de ce consentement, la vente pourra être annulée. Le *homestead* est maintenu en faveur de l'épouse abandonnée et ses enfants. Il l'est également au décès du *homesteader*⁴³, dans la plupart des états américains.

On constate que le *homestead* est fort différent du droit d'habitation dont nous avons traité plus haut. Ce dernier a une portée générale. Il s'applique dans toutes les juridictions de common law à défaut de législation.

37. [1949] R.C.S. 397.

38. *Carnochan v. Carnochan*, [1955] R.C.S. 669. Le *licence* est le droit d'occuper un immeuble en vertu d'une « permission » du possesseur. Voir à ce sujet, O.R. MARSHALL and E.H. SCAMELL, « Digesting the Licence », (1953) 31 *Can. Bar Rev.* 847.

39. Voir les décisions citées dans H.W. SILVERMAN, *The Deserted Wife's Dilemma*, (1970) 18 *Chitty's L.J.* 218; voir aussi *Beauchamps v. Beauchamp*, (1972) 6 R.F.L. 43 (Ont. S. Crt).

40. Voir pour la première loi de ce genre, République du Texas, 1 Paschal Dig. L. art. 3798; la première loi fédérale, *Homestead Act*, 1862; voir E. CAPARROS, *supra*, note 12, pp. 113 et s.; voir également A. MILNER, « A Homestead Act for England? » (1959) 22 *Mod. L. Rev.* 458, p. 462.

41. 40 C.J.S. *Homesteads*, par. 1.

42. *Id.*, par. 130, a.

43. Voir à ce sujet Ernest CAPARROS, *supra*, note 12, p. 117, par. 114.

La portée des lois de *homestead* est plus limitée. Elles ne s'appliquent que là où le législateur l'a prévu. Elles assurent alors la protection de la résidence en des lieux et circonstances étroitement circonscrits.

Ce type de législation se retrouve dans plusieurs provinces canadiennes⁴⁴. Ainsi, en Alberta et en Saskatchewan on refusera d'enregistrer une transaction immobilière à moins de s'être conformé à la législation sur le *homestead* ou d'avoir déclaré n'y être pas soumis⁴⁵. Mais il ne suffit pas de soustraire la résidence aux créanciers. Nous avons vu que le droit de l'habiter méritait que le législateur intervienne.

1.1.5.3. Les lois nouvelles

En Angleterre et au Canada, plusieurs Commissions de réforme du droit ont recommandé au législateur de retenir le principe de la copropriété de la résidence familiale⁴⁶. Ces recommandations n'ont cependant pas eu de suite. Le législateur, dans les provinces de common law, s'est en effet limité à réglementer le droit d'habiter la résidence familiale. En général, celle-ci comprend tout logis sur lequel l'un des époux a un droit réel et qui a déjà été utilisé comme résidence familiale⁴⁷. On peut donc avoir plusieurs résidences familiales. Il est néanmoins prévu en Ontario que l'enregistrement d'une déclaration de résidence à l'égard d'un ou plusieurs immeubles spécifiques détruit la présomption à l'égard d'autres immeubles⁴⁸.

Même lorsque la loi permet d'expulser l'un des époux⁴⁹, le tribunal peut refuser dans l'intérêt des enfants ou, encore, si le conjoint dont on demande

44. Alberta, *The Dower Act*, R.S.A. 1970, c. 114; Colombie-Britannique, *Wife's Protection Act*, R.S.B.C. 1960, c. 407, *Homestead Act*, R.S.B.C. 1960, c. 175 et *The Dower Act*, R.S.B.C. 1960, c. 175; Manitoba, *The Dower Act*, R.S.M. 1970, c. D 100; Saskatchewan, *The Homesteads Act*, R.S.S. 1965, c. 118; au Québec, il subsiste dans le cadre fort limité de la *Loi sur la protection des colons*, L.R.Q., ch. P-38.

45. Alberta, *The Dower Act*, art. 5(6); Saskatchewan, *The Homesteads Act*, art. 3 et s.

46. En Angleterre, The Law Commission, *Family Law, Third Report on Family Property: The Matrimonial Home (Co-ownership and Occupation Rights) and Household Goods*. Law Com. N° 86, London H.M.S.O., 1978; Saskatchewan, Law Reform Commission, *Proposals for a Saskatchewan Matrimonial Homes Act*, Report to the Attorney-General, Saskatchewan, 1976; *Ontario Report*, supra, note 15, p. 135; Manitoba, *Working Paper on Family Law*, p. 39 et s. et spécialement p. 43.

47. *The Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2, art. 39, dorénavant cité « Loi de l'Ontario »; *The Matrimonial Property Act*, S.A. 1978, c. 20, art. 1c, dorénavant cité « Loi de l'Alberta de 1978 »; *The Marital Property Act*, S.M. 1978, c. 24/M45, art. 1(e), dorénavant cité « Loi du Manitoba ».

48. Loi de l'Ontario, art. 39(2) et 41; on peut aussi y renoncer par un accord de séparation, art. 42(b).

49. Loi de l'Ontario, art. 45(1)(a); Loi de l'Alberta, art. 19; au Manitoba, le droit est sujet à une décision du tribunal sous une autre loi que le *Marital Property Act*, art. 6(2); en Colombie-Britannique, le *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, c. 20, art. 52(2)(a).

l'expulsion n'a pas d'alternative⁵⁰. Celui à qui on accorde la possession exclusive devra, en certaines circonstances, payer une soulte⁵¹, ce qui n'est que juste lorsqu'il en a les moyens.

Le droit d'occuper la résidence perdrait tout son sens si le conjoint propriétaire pouvait l'aliéner ou la grever à son gré. On a donc prévu des restrictions au droit de disposer, requérant soit le consentement du conjoint, soit sa renonciation à exercer ses droits, soit encore l'autorisation du tribunal⁵². À défaut de respecter ces formalités, la vente peut être annulée si l'acheteur était de mauvaise foi⁵³. Notons enfin que toute décision relative à la résidence familiale peut être enregistrée contre l'immeuble s'y rapportant⁵⁴.

L'ensemble de ces dispositions constitue une réponse aux problèmes soulevés par l'arrêt *Ainsworth*⁵⁵, arrêt qui avait fait école au Canada. Ceci dit, il y a encore place à l'amélioration. Par exemple, la loi de l'Ontario autorise le tribunal, lors d'un recours alimentaire, à se prononcer sur l'occupation de la résidence familiale⁵⁶. Le juge sera alors malheureusement porté, comme la loi l'y autorise d'ailleurs, à tenir compte de la conduite des parties⁵⁷. Un deuxième problème consiste à savoir lequel du *Partition Act*⁵⁸ ou du *Family Law Reform Act 1978* aura priorité. Les deux lois autorisent le juge à ordonner le partage. Si l'un des conjoints copropriétaires désire réaliser son capital et invoque le *Partition Act*, il n'est pas certain que la discrétion accordée au tribunal en vertu de cette loi l'autorise à refuser le partage ou la vente. La Cour d'appel de l'Ontario, appelée à se prononcer avant l'adoption du *Family Law Reform Act, 1978*, avait jugé qu'il fallait

50. Loi de l'Alberta, art. 20; le *Bill 140* étudié par la Législature ontarienne en 1976 contenait une disposition à cet effet à l'article 40(3) qui n'a pas été reproduite à la loi; voir à ce sujet, Ian G. BAXTER, « Comments », (1977) 55 *Rev. du Bar. Can.* 187, p. 193.

51. Loi de l'Ontario, art. 45(1)(b).

52. Loi de l'Ontario, art. 42(1)(c) et 44(b); à la différence de la loi ontarienne (art. 70), les lois du Manitoba (art. 24) et de l'Alberta (art. 28) laissent subsister le douaire; pour ce qui est des Territoires du Nord-Ouest, voir *Matrimonial Property Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. M-7, art. 3.

53. Loi de l'Ontario, art. 42(2).

54. Loi de l'Ontario, art. 48; la loi de l'Alberta ne prévoit que l'enregistrement d'un jugement affectant la possession de la résidence familiale. Il faut alors le consentement de l'époux en possession pour en disposer [art. 22(3)]; la loi de Colombie-Britannique s'en remet à la discrétion du tribunal [art. 52(2)] qui s'il le croit opportun peut cependant empêcher l'époux propriétaire de disposer de la résidence [art. 52(3)]. Cette disposition s'applique en sus des droits en *equity* ou en vertu d'une autre loi [art. 55(2)]; la loi du Manitoba ne restreint aucunement, sous réserve de la fraude, le droit de l'époux propriétaire de disposer de sa propriété, art. 6.

55. *Supra*, note 28.

56. Art. 19(1) et 45.

57. Art. 18(6).

58. R.S.O. 1970, c. 338.

combiner les recours sous le *Partition Act* et le *Married Women's Property Act*⁵⁹ dont les articles pertinents ont été abrogés⁶⁰.

Par-delà ces problèmes d'interprétation, ce qui retient surtout l'attention dans les récentes réformes du droit de la famille au Canada, c'est l'unanimité qui s'est faite autour de la notion de protection de la résidence familiale pendant le mariage⁶¹.

1.2. La situation des époux à la dissolution

1.2.1. Le *dower* et le *curtesy*

Au décès d'un époux, certaines institutions de common law ont traditionnellement assuré une protection à la résidence familiale. Le *dower* de common law, par exemple, accorde à une veuve l'usufruit d'un tiers de tout immeuble que son mari a déjà possédé au cours du mariage. Le droit grève l'immeuble. Il le suit donc en quelque main qu'il se trouve, à moins que l'épouse n'y ait renoncé. Elle peut même exercer son droit au *dower* tout en se portant héritière lorsque le testament de son mari ne l'oblige pas à y renoncer. Il se trouve toutefois que l'exercice de certains droits dépende de la renonciation au *dower*⁶².

Le droit du mari, le *curtesy*, s'apparente au *dower*. Il accorde au veuf l'usufruit de tous les biens que possède son épouse à son décès. Encore faut-il cependant qu'un enfant soit issu de leur mariage et que l'épouse n'ait pas disposé de ses biens entre vifs ou par testament⁶³.

Ces deux institutions de common law que sont le *dower* et le *curtesy* étaient tombées en désuétude en Ontario lorsque le *Family Law Reform Act, 1978* les a abrogées. Dans un même temps par ailleurs, les tribunaux reconnaissaient de plus en plus le caractère « commun » de certains biens, et ils en ordonnaient le partage à la dissolution judiciaire, comme nous allons le voir.

59. *Maskewycz v. Maskewycz*, [1973] 2 O.R. (2d) 713, 44 D.L.R. (3d) 180, 13 R.F.L. 210 (Ont. C.A.).

60. Art. 82 de la Loi de l'Ontario.

61. La dernière législation du genre, *The Matrimonial Property Act*, S.S. 1979, c. M-6.1, prévoit un régime de protection de la résidence familiale tout à fait semblable à celui que nous venons de décrire.

62. En Ontario, par exemple, pour bénéficier du *Dependant's Relief Act*, il fallait, avant l'adoption du *Family Law Reform Act* renoncer au *dower*; *Re Neiman*, [1954] O.W.N. 527 (C.A.); *Re Greisman*, [1954] O.W.N. 793 (H.C.).

63. E.H. BURNS, *Cheshire's Modern Law of Real Property*, *supra*, note 28, p. 244.

1.2.2. Les techniques de partage

1.2.2.1. Le droit des biens en common law

Avant de parler du partage, il nous apparaît utile de rappeler quelques données fondamentales du droit des biens en common law. Historiquement, on ne connaît pas, en droit anglais, la notion de propriété telle que la conçoit le droit romain. Au contraire, c'est la possession qui constitue ici le meilleur titre :

All titles to land are ultimately based upon possession in the sense that the title of the man seised prevails against all who can show no better right to seisin⁶⁴.

D'ailleurs la *seisin* et le droit se confondent :

In other words, the sharp distinction between property and possession made in Roman law did not obtain in English law; seisin is not the Roman possession and right is not the Roman ownership. Both of these conceptions are represented in English law only by seisin, and it was the essence of the conception of seisin that some seisins might be better than others⁶⁵.

1.2.2.2. Application du droit des biens à la dissolution du mariage

C'est cette notion ancienne, servie à la moderne, qui sous-tend encore aujourd'hui l'attribution des biens d'un ménage à la dissolution. La résidence familiale est-elle au nom du mari ? C'est à lui et non pas à son épouse. Or, la division du travail à l'intérieur de la famille a traditionnellement empêché la femme mariée d'accumuler des biens durables. Si elle se consacre entièrement aux soins du ménage, pas question de devenir propriétaire de quoi que ce soit. Travaille-t-elle à l'extérieur, elle paie alors l'épicerie, les vêtements des enfants, elle assume les dépenses courantes. Pendant ce temps, son mari, libéré de ces obligations, peut payer la maison qui abrite la famille. Il peut aussi établir une entreprise à laquelle il consacre toutes ses énergies. Lord Simon, maintes fois cité, décrit en peu de mots biens sentis cet état de choses lorsqu'il dit « The cock can feather his nest precisely because he is not required to sit on it »⁶⁶.

En common law, contrairement à la situation qui prévaut parfois en droit civil, le mariage n'affecte aucunement le patrimoine des époux⁶⁷. On

64. *Id.*, p. 29.

65. PLUCKNETT, *Concise History of the Common Law*, 5th Edn, p. 358.

66. Holdsworth Lecture : « With All My Worldly Goods », Birmingham, U.K., 1964.

67. Sous réserve du *doser inchoate* et de l'obligation alimentaire, voir P.M. JACOBSON, « Recent Proposals for Reform of Family Property Law in the Common Law Provinces », (1975) 21 *McGill L.J.* 556, p. 558.

règle la dissolution de la même manière que s'il s'agissait d'une société civile (« as strangers within an abstract economic unit that is being wound up »)⁶⁸. Le détenteur du bien en est donc le propriétaire⁶⁹ avec le résultat que le mari est, à toutes fins utiles, propriétaire des biens du ménage⁷⁰. Mais l'inéquité d'un tel système amène fort heureusement les tribunaux à atténuer la rigueur de la séparation de biens⁷¹.

1.2.2.1. La présomption de donation

Déjà, au dix-neuvième siècle, alors que le droit de la femme mariée de posséder des biens était très limité, on présuait que le mari qui achète un bien au nom de son épouse avait l'intention de le lui donner. Aujourd'hui encore il peut être utile, s'il y a absence de témoins, de recourir à cette présomption. Le mari ne peut pas la repousser en invoquant la relation fiduciaire⁷². Même si c'est à l'instance de son épouse que le mari a enregistré l'immeuble au nom de celui-ci, elle est en propriétaire⁷³. Celui qui l'a enregistré au nom des deux ne peut prétendre lors du divorce qu'un changement d'idée était par après survenu. Il a « fait son lit » au moment de la transaction⁷⁴ et ne saurait en changer⁷⁵. Il ne peut repousser la présomption légale qu'avec d'excellents arguments⁷⁶. Avoir ainsi agi pour des raisons d'ordre fiscal ne suffit pas. Ce motif doit s'appuyer sur un écrit

68. *Ontario Report, supra*, note 24.

69. JACOBSON, *supra*, note 67, p. 558.

70. « The custom by which real estate acquired by a married couple was taken in the name of the husband, coupled with the reverence paid to registered title, militated against wives. » : Monsieur le juge DICKSON dans *Rathwell v. Rathwell*, (1978) 1 R.F.L. 1, p. 4 (C.S.C.).

71. « Cases between husband and wife ought not to be governed by the same strict considerations, both at law and in equity, as are commonly applied to the ascertainment of the respective rights of strangers » : Romer, L.J. dans *Rimmer v. Rimmer*, (1952) 2 T.L.R. 767, (1952) 2 All E.R. 863 p. 870, (1953) 1 Q.B. 63 (C.A.) p. 76; voir aussi O. KAHN-FREUND, « Inconsistencies and Injustices in the Law of Husband and Wife », (1953) 16 *Mod. L. Rev.* 34, p. 43.

72. *Jones v. Maynard*, (1951) 1 All E.R. 802 (Ch); *Tinker v. Tinker* (1970) P. 136, (1970) 1 All E.R. 540 (C.A.); *Minaker v. Minaker* [1949] S.R.C. 397; *Carnochan v. Carnochan*, [1955] 4 D.L.R. 81 (C.S.C.); *Jackman v. Jackman*, [1959] S.C.R. 702; cette présomption a été abolie en Ontario par le *Family Law Reform Act, 1975*; voir à ce sujet H.R. HAHLO, « Matrimonial Property Regimes: Yesterday, Today and Tomorrow », (1973) 11 *Osgoode Hall L.J.* 455, p. 471.

73. *Jackman v. Jackman*, [1959] S.C.R. 702, 19 D.L.R. (2d) 317 (S.C.C.).

74. *Gagnon v. Gagnon*, (1950) 28 M.P.R. 36 (N.B.S.C.); dans le même sens *Duncan v. Duncan*, [1950] 1 W.W.R. 545 (B.C.S.C.).

75. *Spatafora v. Spatafora*, [1952] O.W.N. 757 (H.C.).

76. *Greggain v. Greggain*, (1970) 73 W.W.R. 677 (B.C.S. Crt).

explicite⁷⁷. La production par l'épouse d'un billet promissoire couvrant sa part dans l'immeuble suffit cependant pour repousser la présomption⁷⁸.

La présomption de donation semble cependant être contestée dans nombre de juridictions de common law⁷⁹. En Angleterre, dans l'affaire *Pettitt v. Pettitt*⁸⁰, elle n'aurait plus cours pour trois des juges. Un quatrième, Lord Upjohn, se dit d'avis que toute preuve contraire suffit à la repousser :

So that, in the absence of all evidence, if a husband puts property into his wife's name he intends it to be a gift to her, but if he puts it into joint names, then (in the absence of all other evidence) the presumption is the same as a joint beneficial tenancy. If a wife puts property into her husband's name it may be that in the absence of all other evidence he is a trustee for her, but in practice there will in almost every case be some explanation (however slight) of this (today) rather unusual course⁸¹.

On note cependant que certains juges l'appliquent encore au Canada⁸² tout comme sa contrepartie la présomption de *resulting trust* d'ailleurs. Cette dernière présomption peut être invoquée par l'épouse qui a payé un bien acheté au nom du mari tout comme par le mari pour contrer la présomption de donation. Pour comprendre l'application qu'ont fait les tribunaux du *trust*, il nous faut, ici encore, faire un court rappel historique de cette institution.

1.2.2.2. Le *trust*

Le *trust* est une création de l'*equity*. En effet, le rattachement, par la common law, du droit de propriété à la *seisin* s'avéra source d'injustices. Le

77. *Estensen v. Estensen*, (1976) 21 R.F.L. 373 (B.C.S.C.); voir dans le même sens *Klemkowitch v. Klemkowitch*, (1954) 63 Man. R. 28, 14 W.W.R. 418, 419 (Man Q.B.); *Giesbrecht v. Giesbrecht*, [1976] 6 W.W.R. 272 (Sask. Q.B.).

78. *Smith v. Smith*, (1973) 12 R.F.L. 216 (B.C.S.C.); voir aussi *Wakshinsky v. Wakshinsky*, [1924] 2 W.W.R. 1174, [1924] 4 D.L.R. 231 (Man. K.B.); *Tuomi v. Tuomi*, [1951] 4 D.L.R. 206 (B.C.S.C.).

79. Voir à ce sujet O.M. STONE, « Matrimonial Property Law: The Movement Towards Equality — Separation or Community? », (1978) XVI *Alberta L. Rev.* 375, p. 381; voir aussi *Minaker v. Minaker*, [1949] S.C.R. 397; *Carnochan v. Carnochan*, [1955] 4 D.L.R. (C.S.C.).

80. (1969) 2 All E.R. 385 (H.L.).

81. P. 407.

82. En Alberta, monsieur le juge LAYCRAFT dans *Robertson v. Robertson*, [1977] 4 W.W.R. 77, p. 82 (Alta S. Crt); *Affleck v. Affleck*, (1977) 27 R.F.L. 119 (B.C. S. Crt); *contra*: monsieur le juge DICKSON dans *Rathwell v. Rathwell*, (1978) 1 R.F.L. (2d) 1 (C.S.C.) « In present social conditions the old presumption of advancement has ceased to embody any credible inference of intention » (p. 12); voir également à ce sujet, L. POLLOCK, « Matrimonial Property and Trusts: The Situation from Murdoch to Rathwell », (1978) XVI *Alta. L. Rev.* 357, p. 370.

Chancelier s'intéressa à la question dès le treizième siècle, et il greffa sur le titre légal du possesseur le titre *in equity* du bénéficiaire. On se retrouva donc avec un *trustee* qui possède au bénéfice du « cestui que use » :

In other words, while the feoffee was regarded as the owner by the common law, the « cestui que use » was considered to be the true owner by equity: the former had the legal ownership, the latter the equitable ownership of the same piece of land. Thus we get the essentially English distinction between the legal and the equitable estate — the legal estate recognized and protected by the common law courts, and the equitable estate recognized and protected only by the Chancellor. That is what is meant by duality of ownership⁸³.

C'est là l'origine du *trust* sur lequel les tribunaux fondent l'attribution de certains biens du ménage, au conjoint de leur propriétaire « apparent ». Il s'agit, dans la plupart des décisions, de partager la propriété de la résidence familiale. Les mêmes solutions valent cependant pour l'attribution des autres biens :

It is the fact that the great majority of the decided cases concern the matrimonial home, but the applicable law is not limited to that kind of property: ...⁸⁴

L'article 17 de *The Married Women's Property Act, 1882* stipule que dans tout différend entre mari et femme « as to title or possession of property (...) the judge (...) may make such order with respect to the property in dispute (...) as he shall think fit ». Cette disposition permet au tribunal de recourir au *trust* pour reconnaître un droit de propriété à l'épouse en reconnaissance de sa contribution à l'acquisition d'un immeuble, même en l'absence d'intention manifeste.

(...) this depends on the law of trust rather than on the law of contract, so the question is under what circumstances does the husband become a trustee for his wife in the absence of any declaration of trust or agreement on his part. It is not disputed that a man can become a trustee without making a declaration of trust or evincing any intention to become a trustee. The facts may impose on him an implied, constructive, or resulting trust⁸⁵.

Cette définition de Lord Reid nous fait entrevoir la plasticité inhérente à l'institution du *trust* et, partant, la difficulté liée à l'énoncé d'une définition complète. Certains affirment même que « no one has yet succeeded in giving an entirely satisfactory definition »⁸⁶.

83. E.H. BURNS, *Cheshire's Law of Real Property*, *supra*, note 28, p. 48.

84. Monsieur le juge LASKIN dans *Murdoch v. Murdoch*, (1974) 13 R.F.L. 185, p. 209 (C.S.C.).

85. Lord REID dans *Gissing v. Gissing*, (1970) 2 All E.R. 780 (H.L.), p. 782.

86. P. MEGARRY and P.V. BAKER, *Snell's Principles of Equity*, 27th ed., London. Sweet, Maxwell, 1973, p. 87.

L'*express trust* ou *declared trust*⁸⁷ ne pose guère de problème. Il est généralement formaliste, mais peut résulter d'une simple déclaration. Il est plus difficile de définir les *constructive* et *resulting trust(s)* tels qu'utilisés en droit de la famille. Alors que dans les pays de droit civil l'attribution d'un droit de propriété sous certains régimes provient du mariage lui-même, ici l'investiture *in trust* est fondée soit sur l'intention commune (*resulting trust*) ou sur une appréciation du tribunal concluant à un enrichissement indu (*constructive trust*). On peut constituer un trust :

- (i) intentionally by the act of the settlor, in which case they are called express trusts, or
- (ii) by implication of a court of equity, where the legal title to property is in one person and the equitable right to the beneficial enjoyment thereof is in another, in which case they are called constructive trusts⁸⁸.

On remarque ici la confusion des *resulting* et des *constructive trusts*. L'auteur de cette définition les réunit sous le même vocable arguant que le *constructive trust* peut être soit un *resulting trust* ou un *non-resulting trust*. Les tribunaux anglais se soucient d'ailleurs peu de différencier entre les *implied*, *resulting* ou *constructive trust(s)*. Et pourtant, ils sont différents.

Le *resulting trust* s'appuie sur l'intention implicite ou présumée des parties, voire simplement celle du constituant. Lorsqu'à la dissolution du mariage un seul conjoint est propriétaire d'un bien, le tribunal doit déceler l'intention des parties au moment de l'acquisition. Il tient alors compte de toutes les circonstances entourant l'acquisition ou l'amélioration du bien. La contribution en argent ou en valeurs fait présumer qu'il y a eu constitution de *resulting trust*. On a parfois soutenu que la contribution indiquait une intention ou encore qu'il s'agissait d'un *constructive agreement*⁸⁹. Quoi qu'il en soit, la contribution est un élément, parmi d'autres, qui permet aux tribunaux de déceler ou d'attribuer aux parties une intention de constituer un *trust*.

À défaut de trouver cette intention ou de pouvoir la présumer, le tribunal peut décréter un *constructive trust*. Ici, l'intention n'a pas sa place. Ce qui distingue ce type de *trust* du *resulting trust* c'est justement qu'il est imposé au constituant presque malgré lui. C'est en effet, comme son nom l'indique, une pure construction juridique qui vise à éviter un enrichissement indu⁹⁰. À défaut d'intention manifeste ou présumée de constituer un *trust*, le

87. *Id.*, p. 98.

88. A. UNDERHILL, *Underhill's Law Relating to Trusts and Trustees*, 11th ed., London, Butterworths, 1959, p. 9.

89. *Rathwell v. Rathwell*, *supra*, note 70.

90. A.W. SCOTT, *The Law of Trusts*, 3^e éd., vol. 5, Toronto, Little, Brown and Co., 1967, p. 3215.

tribunal le décrète lorsqu'un conjoint a contribué à l'acquisition d'un bien. Il s'agit d'une mesure d'équité :

... it is a trust imposed by law whenever justice and good conscience require it. It is a liberal process, founded upon large principles of equity to be applied in cases where the legal owner cannot consciously keep the property for himself alone, but ought to allow another to have the property or the benefit of it or a share in it⁹¹.

Le tribunal impose donc ce *trust* dans un souci de justice naturelle. On ne saurait en effet tolérer que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui, même à l'intérieur d'un ménage. L'apparition du *constructive trust* dans le droit de la famille marque une étape vers la reconnaissance de l'incidence du mariage sur le patrimoine des époux. Cette reconnaissance ne se fit cependant pas sans heurts.

1.2.2.2.3. Les deux « écoles » de pensée

On distingue, à cet égard, deux écoles de pensée. L'une, libérale, se voit reprocher de rendre une justice « débonnaire » (*palm-tree justice*), l'autre, plus « intégriste », s'attache à déceler une intention inexistante (*intent school*).

À la fin des années quarante, Lord Denning, dans une dissidence qui fit couler beaucoup d'encre, refusa d'appliquer strictement le droit des biens aux époux⁹². L'opinion de Denning fut d'abord accueillie favorablement en Angleterre :

The exclusive emphasis on individual property rights is gone and an attitude far more in keeping with contemporary family realities has been substituted⁹³.

Monsieur le juge Romer, dans l'affaire *Rimmer v. Rimmer*⁹⁴ ira encore plus loin que Lord Denning en rejetant, pour la première fois, la théorie de l'intention. Selon lui, le droit au partage se fonde sur la notion d'association (*joint venture*). Son raisonnement fut suivi dans quelques arrêts subséquents⁹⁵. Quant aux parts, elles devaient être égales : « equity leans towards

91. *Hussey v. Palmer*, (1972) 1 W.L.R. 1286 (C.A.), pp. 1289-90, cité dans *Rathwell*; sur l'utilisation du *trust* en droit de la famille, voir M. FERA, « The Role of the Resulting Trust in Family Law », (1980) 11 R.F.L. (2d) 6.

92. *Hoddinott v. Hoddinott*, (1949) 2 K.B. 406, p. 414 et s. (C.A.).

93. A. MILNER, « Beneficial Ownership of the Matrimonial Home: Modern Trends in the British Commonwealth », (1959) 37 C.B.R. 473, p. 480.

94. *Supra*, note 71.

95. *Fribance v. Fribance*, (1957) 1 All E.R. 357 (C.A.), p. 360; Lord Evershed dans *Silver v. Silver*, (1958) 1 All E.R. 523 (C.A.), p. 525 et Parker à la p. 528; *Cobb v. Cobb*, (1955) 1 W.L.R. 731, (1955) 2 All E.R. 696 (C.A.); *Richards v. Richards*, (1958) 3 All E.R. 513 (C.A.).

equality ». Monsieur le juge Vaisey, dans l'affaire *Jones v. Maynard*⁹⁶, se réclame même d'une autorité plus ancienne :

Plato said that equality was a sort of justice, that is to say, if in such a matter as this one cannot find any other basis, equality is the proper basis⁹⁷.

Le jugement de monsieur le juge Romer dans l'affaire *Rimmer* tout comme la dissidence de Lord Denning dans l'affaire *Hoddinott* donnèrent naissance à un courant jurisprudentiel⁹⁸ qui culmina en Angleterre avec la décision de *Bendall v. McWhirter*⁹⁹. C'est à cette école libérale que la Chambre des Lords allait opposer son veto dans l'arrêt *Pettitt v. Pettitt*¹⁰⁰.

La maison familiale des Pettitt avait été achetée par madame Pettitt avec l'argent d'une succession. Monsieur Pettitt y investit temps, efforts et matériaux. Au bout de quatre ans, madame Pettitt, à l'occasion de son divorce, chercha à vendre la maison. Monsieur Pettitt demanda alors au tribunal de déterminer la part qui lui revenait en raison de son investissement. Le *County Court* lui accorda trois cents livres du produit de la vente. La Chambre des Lords cassa toutefois ce jugement. Pour Lord Hodson, ce n'est pas parce que le mari a occupé ses loisirs en bricolant ou en jardinant qu'il avait un droit de propriété dans la maison appartenant en titre à son épouse¹⁰¹. L'article 17 du *Married Women's Property Act* n'autorisait en effet pas la Chambre des Lords à faire fi des droits existants.

Vint ensuite l'affaire *Gissing v. Gissing*¹⁰². C'est l'histoire d'un couple apparemment sans histoires jusqu'au jour où, las de son épouse d'un âge certain, monsieur Gissing choisit d'aller gambader dans de verts pâturages. Madame Gissing demanda alors le divorce. Son mari voulut vendre la maison qu'il avait acquise à son nom. La Cour d'appel, présidée par Lord Denning, jugea, conformément aux précédents des arrêts *Rimmer v. Rimmer*¹⁰³ et *Fribance v. Fribance*¹⁰⁴, que la résidence était un bien familial. Elle appartenait aux époux en parts égales vu la contribution financière substantielle de l'épouse. Madame Gissing avait, suivant la preuve, payé trente livres pour le parterre et cent quatre-vingt-dix livres pour le mobilier,

96. (1951) 1 All E.R. 802 (Ch.).

97. *Id.*, p. 804.

98. *Supra*, note 95.

99. *Supra*, note 25.

100. (1969) 2 All E.R. 385 (H.L.); *Falconer v. Falconer*, (1970) 3 All E.R. 449, (1970) 1 W.L.R. 1333 (C.A.).

101. P. 400.

102. [1971] A.C. 886, (1970) 2 All E.R. 780 (H.L.).

103. *Supra*, note 71.

104. *Supra*, note 95.

en plus d'avoir travaillé toute sa vie et d'avoir assumé une bonne partie des dépenses familiales. Le tribunal s'est fondé sur l'intention présumée des parties.

Quand cette décision vint devant la Chambre des Lords, les cinq juges s'accordèrent pour dire qu'il n'y avait pas eu d'intention commune à l'effet que l'épouse aurait un droit de propriété :

The picture presented by the evidence is one of husband and wife retaining their separate proprietary interests in property whether real or personal purchased with their separate savings and is inconsistent with any common intention at the time of the purchase of the matrimonial home that the wife who neither then nor thereafter contributed anything to its purchase price or assumed any liability for it, should nevertheless be entitled to a beneficial interest in it ¹⁰⁵.

Il ne fut pas davantage reconnu que le mari avait incité son épouse à agir contrairement à ses intérêts dans l'espoir que cela lui vaudrait quelque droit ¹⁰⁶. Enfin, Viscount Dilhorne nota que le concept de « biens familiaux » avait été désavoué dans l'affaire *Pettitt*. Pour lui, une telle catégorie de biens n'existait pas ¹⁰⁷.

Ces deux décisions de la Chambre des Lords assenèrent un dur coup à l'école libérale en Angleterre ¹⁰⁸. Le coup ne fut cependant pas fatal puisque les Lords laissèrent entendre que l'intervention du législateur était souhaitable en l'espèce. Cette intervention surviendra en 1970 par l'adoption du *Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970* ¹⁰⁹, texte que nous examinerons plus loin.

Au Canada, l'école libérale a reçu tout d'abord un accueil favorable. Dans l'affaire *Mitchelson v. Mitchelson* ¹¹⁰ l'épouse prétendit à un droit dans la maison de son mari. Elle allégua avoir contribué à son acquisition en prenant des pensionnaires pour suppléer au revenu insuffisant du ménage. Pendant treize ans elle avait agi comme bonne à tout faire pour son mari, son fils et douze pensionnaires. Le tribunal lui reconnut un droit à la moitié de l'immeuble :

105. (1970) 2 All E.R. 780 (H.L.), Lord Diplock, p. 794.

106. « To act to (her) own detriment in the reasonable belief that by so acting (she) was acquiring a beneficial interest in the land » Lord Diplock, p. 794.

107. P. 785.

108. « The palm-tree justice approach... (received) its death knell in the House of Lords in their landmark decisions in *Pettitt v. Pettitt* and *Gissing v. Gissing* », W.H HOLLAND, *supra*, note 17, p. 7.

109. C. 45, maintenant *Matrimonial Causes Act, 1973*, c. 18.

110. (1953) 9 W.W.R. 316 (Man. Q.B.); *Sopow v. Sopow*, (1958) 24 W.W.R. 625 (B.C.S. Crt).

In putting her time, labour and earnings into the home (*she*) did not intend thereby to make any gift to her husband, but rather to devote them to the acquisition of the house which would belong to them both and serve them as a common home¹¹¹.

Mais dès les années soixante, dans une importante décision, la Cour suprême du Canada opposa une fin de non-recevoir à l'école libérale. Dans l'arrêt *Thompson v. Thompson*¹¹² le mari avait acheté, à son nom, vingt acres de terre en friche payées à même un compte conjoint avec son épouse. Il en vendit ensuite une partie, gardant quelques acres ainsi que la maison. Le couple connut de sérieuses difficultés et madame Thompson demanda alors d'être déclarée seule propriétaire. Le juge a dû décider de la portée de l'article 12 du *Married Women's Property Act* de l'Ontario¹¹³, très semblable à l'article 17 de la loi anglaise. Il ne lui reconnut pas la même portée :

The judicial use of the discretionary power under Section 12 of The Married Women's Property Act, R.S.O., 1950, c. 223, in property disputes between husband and wife has not developed in the same way in the common law provinces of Canada as it has in England¹¹⁴.

Il refusa même toute idée d'intention commune, dont il déclara qu'il faut faire la preuve. Quant à la contribution indirecte, monsieur le juge Judson en nia la pertinence en l'espèce :

No case has yet held that, in the absence of some financial contribution, the wife is entitled to a proprietary interest from the mere fact of marriage and cohabitation and the fact that the property in question is the matrimonial home.

La Cour se déclara au surcroît liée par sa propre jurisprudence :

There is no hint of it (*the judicial use of discretionary power under Section 12*) in this Court in *Minaker v. Minaker*, (1949) 1 D.L.R. 801, S.C.R. 397 and there is an implicit rejection of the existence of any such power in *Carnochan v. Carnochan*, (1955) 4 D.L.R. 81, S.C.R. 669, where Cartwright J. stated that the problem was not one of the exercise of a discretionary power but one of application of the law to ascertained facts.

Elle refusa donc de reconnaître quelque droit que ce soit à madame Thompson dans l'immeuble de son mari ou dans le produit de sa vente et, tout comme la Chambre des Lords en Angleterre, préféra renvoyer la balle dans le camp du législateur :

111. *Mitchelson v. Mitchelson*, p. 319.

112. [1961] S.C.R. 3, (1961) 26 D.L.R. (2d) 1 (C.S.C.).

113. R.S.O. 1950, c. 223, abrogé par le *Family Law Reform Act 1978*, S.O. 1978, c. 2, s. 82.

114. [1961] S.C.R. p. 14.

If a presumption of joint assets is to be built up in these matrimonial causes, it seems to me that the better course would be to obtain this object by legislation rather than by the exercise of immeasurable judicial discretion under Section 12 of The Married Women's Property Act ¹¹⁵.

L'importance de cette décision réside dans son rejet de la notion de biens communs que reconnaissait la jurisprudence anglaise. Aussi fut-elle vivement critiquée ¹¹⁶. Suite à cette décision, la Cour suprême de la Colombie-Britannique refusa le concept des biens familiaux dans l'arrêt *Stajcer v. Stajcer* ¹¹⁷:

a development which has recognized the court's power to impute intentions that family property should be divided equally would not be legitimate for Canada.

Ce même tribunal cependant, dans l'affaire *Warm v. Warm* ¹¹⁸, s'appuyant sur un *obiter* de monsieur le juge Cartwright dans l'arrêt *Thompson*:

The primary question is as to the intentions of the parties at the time when the conveyance... of land was taken in the name of the husband... If the respondent (*husband*) had paid his own money into a joint account standing in the names of himself and his wife there would have been a rebuttable presumption that he was giving her half interest in the account ¹¹⁹.

Accorda un titre de propriété *in trust* à madame Warm. Or, le bien en litige avait été acquis au nom du mari mais payé à même un compte conjoint.

Le *High Court* de l'Ontario jugea dans le même sens dans l'affaire *Beard v. Beard* ¹²⁰ en reconnaissant que la maison du couple, enregistrée au nom du mari, appartenait pour moitié à l'épouse. Cette dernière remettait son traitement à son mari qui le déposait au compte conjoint duquel ont été tirés les paiements hypothécaires. Dans l'arrêt *Re Whiteley* ¹²¹ monsieur le juge Martin observa que:

It is not necessary in order to impose a trust in her favour (*si le bien est au nom du mari*) that she established that her financial support was necessary in order to enable the property to be acquired... (*but her*) contribution assumes an added importance by reason of the fact that the respondent could not have acquired the property without it ¹²².

115. *Id.*, pp. 13-14.

116. B. SISCHY, « Commentaire de jurisprudence », (1961) 39 *Rev. du Bar. Can.* 440, p. 441; A. MILNER, *id.*, p. 455.

117. (1961) 34 W.W.R. 424 (B.C.S. Ct).

118. (1969) 70 W.W.R. 207, 8 D.L.R. (3d) 466 (B.C.S. Ct).

119. [1961] S.C.R. 8.

120. [1973] 1 O.R. 1965, 10 R.F.L. 345, 30 D.L.R. (3d) 513 (Ont. H. Ct).

121. (1974) 4 O.R. (2d) 393, 16 R.F.L. 309, 48 D.L.R. (3d) 161 (C.A.).

122. 16 R.F.L. 318 (C.A.).

Si la preuve de constitution de *trust* est relativement aisée en présence d'une contribution financière, il n'en va pas de même lorsque la contribution est plus lointaine. Dans l'affaire *Gissing*¹²³, Lord Reid avait fait la remarque suivante à ce sujet :

As I understand it, the competing view is that, when the wife makes direct contributions to the purchase by paying something either to the vendor or to the building society which is financing the purchase, she gets a beneficial interest in the house although nothing was ever said or agreed about this at the time but that, when her contributions are only indirect by way of paying sums which the husband would otherwise have to pay, she gets nothing unless at the time of the acquisition there was some agreement that she should get a share.

Il dénia évidemment toute valeur à pareille distinction¹²⁴.

Dans l'affaire *Madisso v. Madisso*¹²⁵, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que l'épouse qui assume toutes les dépenses quotidiennes du ménage contribuait ainsi à l'acquisition de la maison enregistrée au nom de son mari. Elle y avait donc un droit de propriété. La décision eût peut-être été différente en l'absence de contribution financière cependant. Dans l'arrêt *Trueman v. Trueman*¹²⁶, la Cour d'appel de l'Alberta avait déjà reconnu l'activité exceptionnelle de l'épouse à l'édification de la fortune familiale. Femme de fermier, elle avait aidé à construire la maison familiale en plus de conduire des machines agricoles et de participer aux travaux des champs. Son mari avait au surplus admis qu'il avait envisagé, au début, que lui et son épouse allaient « faire équipe »¹²⁷.

Il faut dire ici que tout un courant jurisprudentiel refuse de considérer la contribution indirecte comme fondement à la propriété¹²⁸. C'est à ce courant que se rattache la « cause célèbre » qu'est l'affaire *Murdoch*¹²⁹. Les faits en sont bien connus. L'épouse d'un fermier réclama, sur la base d'un *resulting trust*, sa part du ranch de son mari. Elle avait contribué, selon elle, à son acquisition tant par son labeur que par une contribution financière. Cette contribution n'ayant pas été prouvée à la satisfaction du tribunal, il restait le

123. *Supra*, note 105.

124. *Supra*, note 105, p. 782; voir aussi Lord Denning dans *Hazell v. Hazell*, (1972) 1 W.L.R. 301, p. 303 (C.A.).

125. (1974) 5 O.R. (2d) 492, 19 R.F.L. 299, 50 D.L.R. (3d) 660, infirmée par 11 O.R. (2d) 441, 21 R.F.L. 51, 66 D.L.R. (3d) 385 (C.A.).

126. (1972) 5 R.F.L. 54, [1971] 2 W.W.R. 699, 18 D.L.R. (3d) 109 (Alta. S. Ct.).

127. « ... were going to go along as a team »; voir (1972) 5 R.F.L. 62.

128. *Appleton v. Appleton*, (1965) 1 W.L.R. 25 (C.A.); *Re Taylor*, [1971] 1 O.R. 715 (H. Ct.); *Re Cummins*, (1971) 3 All E.R. 782 (C.A.); *Fiedler v. Fiedler*, (1975) 55 D.L.R. (3d) 397 (Alta S. Ct.).

129. *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423, [1974] 1 W.W.R. 361, 41 D.L.R. (3d) 367, 13 R.F.L. 185 (C.S.C.).

resulting trust fondé sur son activité exceptionnelle, tant sur la ferme qu'en dehors. Le tribunal ne vit là que la tâche normale d'une épouse de fermier. Il ne découvrit pas davantage une intention de créer un *trust* :

it cannot be said that there was any common intention that the beneficial interest in the property in issue was not to belong solely to the respondent, in whom the legal estate was vested ¹³⁰.

Seul le *constructive trust*, qui ne repose pas sur l'intention, aurait permis de rendre justice à madame Murdoch. Monsieur le juge Laskin, minoritaire, l'aurait volontiers décrété. Il trouva extraordinaire sa contribution qui excédait la tâche normale d'une épouse de fermier ¹³¹. Quoi qu'il en soit, la décision souleva des protestations où l'appel au législateur se faisait pressant :

Until the position is changed by legislation, a spouse who has worked as a trooper will have to establish a resulting trust in order to obtain a beneficial interest in the property ¹³².

En attendant les réformes souhaitées, les tribunaux inférieurs cherchèrent à atténuer la portée de l'affaire *Murdoch*. Ainsi, dans la cause de *Fiedler v. Fiedler* ¹³³ le juge de première instance retint des arrêts *Falconer* ¹³⁴, *Gissing* et *Pettitt* que l'élément essentiel était l'importance de la contribution et non son caractère direct ou indirect. Il attribua donc un droit de propriété à madame Fiedler vu sa contribution qu'il jugea plus importante que celle faite jadis par madame Murdoch. La Cour d'appel cassa ce jugement au motif que le juge de première instance aurait dû se demander si madame Fiedler avait cru, par sa contribution, acquérir un titre de propriété ¹³⁵. Dans l'affaire *Easton v. Easton* ¹³⁶, l'épouse qui s'était engagée par écrit, avec son mari, à rembourser un emprunt hypothécaire pour l'achat d'une maison, en devenait, de ce fait, copropriétaire avec lui.

D'autres décisions dans le même sens ont suivi ¹³⁷, dont la décision de la Cour suprême du Canada dans *Rathwell v. Rathwell* ¹³⁸. Les faits y sont

130. [1975] 1 S.C.R. 439.

131. La Cour suprême du Canada s'est ralliée à l'opinion de M. le juge Laskin dans une affaire récente, voir *Pettkus v. Becker*. (1981) 19 R.F.L. 171.

132. P. JACOBSON, « Murdoch v. Murdoch : Just about what the Ordinary Rancher's Wife Does » (1974) 20 *McGill L.J.* 308, p. 319.

133. (1975) 48 D.L.R. (3d) 714 (Alta S. Crt).

134. (1970) 3 All E.R. 449, (1970) 1 W.L.R. 1333 (C.A.).

135. « acted in the reasonable belief that she was obtaining a beneficial interest in the lands » ; voir (1975) 55 D.L.R. (3d) 397 (Alta S. Crt) ; voir dans le même sens, *Whiteley v. Whiteley*, (1975) 16 R.F.L. 309 (C.A.), p. 321.

136. (1975) 6 O.R. 469, (1975) 17 R.F.L. 228 (Ont. S. Crt).

137. *Madisso v. Madisso*, (1976) 21 R.F.L. 51 (Ont. S. Crt) ; *Kowalchuck v. Kowalchuck*, (1975) 16 R.F.L. 52, 2 W.W.R. 735 (Man. Q.B.).

138. [1978] 2 W.W.R. 101 (C.S.C.).

sensiblement les mêmes que dans l'affaire *Murdoch* en ce que les deux époux auraient collaboré étroitement pendant les vingt-trois ans de leur mariage à l'établissement d'une entreprise agricole. Ils en diffèrent en ce qu'il fut établi qu'ils auraient toujours voulu faire équipe. Madame Rathwell avait aussi contribué pour une somme de 700 \$ au compte conjoint d'où provenaient les fonds ayant servi à l'acquisition de la ferme. Les neuf juges du tribunal s'accordèrent alors pour reconnaître la présence des deux éléments qui peuvent fonder un *resulting trust* : la contribution directe et l'intention. Trois des juges auraient même, au besoin, fait appel au *constructive trust* afin d'empêcher l'enrichissement injuste du mari¹³⁹.

La décision dans l'affaire *Rathwell* ne fut pas interprétée de façon uniforme par les tribunaux inférieurs. Ainsi, on s'accorde pour dire qu'elle s'appuie sur la théorie classique¹⁴⁰, mais on est moins certain qu'elle rejette tout recours au *constructive trust* dans les litiges conjugaux. Par exemple, monsieur le juge O'Sullivan dans l'arrêt *Fedon v. Fedon*¹⁴¹ souligne que monsieur le juge Martland, dans l'affaire *Rathwell*, parlait de cas bien précis lorsqu'il refusa d'utiliser le *constructive trust* pour empêcher un enrichissement injustifié. Dès lors, si certains tribunaux récusent cette interprétation¹⁴², d'autres, fort nombreux, en reconnaissent la justesse et recourent au *constructive trust* pour fonder un droit de propriété¹⁴³.

1.3. Les lois nouvelles

1.3.1. Le partage, un droit ou un privilège ?

Déjà, au moment de l'affaire *Murdoch*, plusieurs organismes travaillaient à la réforme du droit des biens dans la famille. Certains auraient déjà fait des recommandations, d'autres le feront peu après¹⁴⁴. Tous reconnaissent qu'il

139. Messieurs les juges Laskin, Dickson et Spence.

140. Voir par exemple, *Anderson v. Anderson*, (1978) 21 N.B.R. (2d) 557, 37 A.P.R. 557 (Q.B.); *Fess v. Fess*, (1978) 1 R.F.L. (2d) 392 à la p. 397 (Ont. H.C.); *Keddy v. Keddy*, (1978) 1 R.F.L. (2d) 312, p. 317 (N.S.S. Crt).

141. (1978) 1 R.F.L. (2d) 357-75, [1978] 2 W.W.R. 723 (Man. C.A.).

142. Entre autres, *Keddy v. Keddy*, *supra*, note 140; voir à ce sujet en général N. FERA, « The Role of the Resulting Trust in Family Law », (1980) 11 R.F.L. (2d) 6.

143. *Re Boogerman*, (1978) 19 O.R. (2d) 188 (Co. Ct); *Becker v. Petikus*, (1978) 20 O.R. (2d) 105, 5 R.F.L. (2d) 344, 87 D.L.R. (3d) 101 (Ont. S. Crt); *Babrociak v. Babrociak*, (1975) 1 R.F.L. (2d) 95 (Ont. C.A.); *Re Sawyers*, (1978) 85 D.L.R. (3d) 139 (Ont. H.C.); *Machuk v. Machuk*, (1979) 10 R.F.L. (2d) 224 (Ont. Co. Crt).

144. Au Québec, l'Office de révision du Code civil avait déjà remis son *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, Montréal, 1968; à Terre-Neuve, Family Law Study Project VIII, *Property Rights in the Family*, Final Report, St-Jean, 1970; Ontario Law Reform Commission, Family Law Project, *Report on Family Law*, Part IV, Family Property Law, Toronto,

fallait, sinon changer le système de la séparation de biens, tout au moins le modifier en profondeur :

Separation of property has been tried and found wanting ; its simplicity proved too stern and will never return ¹⁴⁵.

En 1970, la Commission royale d'enquête sur le statut de la femme au Canada recommandait au législateur de reconnaître l'égalité des époux afin que chacun ait droit à sa part des biens acquis pendant le mariage ¹⁴⁶.

On s'accorde, sinon sur les modalités, du moins sur le principe du partage des biens. Le législateur, selon qu'il en fait un droit découlant du mariage ou qu'il veut ainsi reconnaître la contribution d'un conjoint, emprunte des voies différentes. Dans le premier cas, il crée une présomption que certains biens sont sujets à partage à la rupture du lien conjugal. Dans le deuxième, il s'en remet à la discrétion du tribunal pour évaluer la contribution et déterminer les droits qu'elle fonde. Il y a évidemment, et nous en sommes consciente, une part d'arbitraire dans le regroupement ainsi fait. En effet, même dans les législations fondées sur la présomption que des biens sont communs, le tribunal jouit d'une certaine discrétion. Par ailleurs, dans les deux types de lois le législateur exprime son intention d'accorder une valeur économique à des activités considérées comme normales dans un ménage ¹⁴⁷. Dans les législations du premier groupe, cette reconnaissance est explicite, dans celles du deuxième, elle est un des éléments dont le juge doit tenir compte dans l'évaluation de la contribution. La différence essentielle paraît être, d'une législation à l'autre, l'absence ou la présence d'une présomption de biens communs. C'est à partir de l'existence ou de l'inexistence de cette présomption que nous regrouperons les législations pour les fins de cette étude.

Ministry of the Attorney-General, 1974 ; British Columbia Royal Commission on Family and Children's Law, *Report on Matrimonial Property*, 6th Report, Vancouver, 1975 ; Alberta Institute of Law Research and Reform, *Report n° 18, Matrimonial Property*, Edmonton, 1975 ; Manitoba Law Reform Commission, *Reports on Family Law*, Part II, Property Disposition, Winnipeg, 1976 ; Saskatchewan Law Reform Commission, *Proposals for a Saskatchewan Homes Act*, Report to the Attorney-General, Saskatoon, 1976. À quoi on peut ajouter une étude du « Nova Scotia Law Reform Advisory Commission » intitulée *The Development of Matrimonial Property Law in England and Nova Scotia, an Historic Perspective*, Halifax, 1975, ainsi que l'étude de la Commission de réforme du droit d'Ottawa, *Étude sur le droit des biens de la famille*, Ottawa, Information Canada, 1976.

145. O.M. STONE, *supra*, note 79, p. 384 ; voir aussi W. HOLLAND, *supra*, note 17, p. 7.

146. Cité dans *Ontario Report*, *supra*, note 15, p. 215.

147. Loi de la Colombie-Britannique, art. 46(2) ; loi du Manitoba, art. 13(2)(h) ; loi de l'Alberta, art. 8(a) ; loi de l'Ontario, art. 4(5) et 8 ; *The Married Women's Property Act*, Stat. Sask. 1974-75, c. 29, art. 22(4), dorénavant citée Loi de la Saskatchewan. Cette loi a été modifiée par *The Matrimonial Property Act*, S.S. 1979, c.M-6.1. Vu le caractère relativement récent de cette loi nous n'en faisons état qu'exceptionnellement.

1.3.1.1. Le partage, un droit, ou les systèmes de partage différé

Même s'il s'est finalement fait une certaine unanimité au Canada autour du système de partage différé, il n'en allait pas de même au début des années soixante-dix. Certaines provinces avaient alors opté pour des systèmes fondés sur la discrétion judiciaire. Nous verrons ces législations plus tard. Celles qui retiennent de suite notre attention sont les lois qui établissent un droit au partage *ab initio*.

On a souvent reproché à ce type de législation sa complexité, mais il semble que ce soit là le prix à payer pour assurer la certitude de la règle de droit. Parmi toutes les dispositions en vigueur deux retiendront particulièrement notre attention : celles, d'une part, qui sont relatives aux critères de qualification des biens sujets à partage et celles, d'autre part, qui ont trait à l'étendue de la discrétion accordée au tribunal pour modifier le partage prévu à la loi.

1.3.1.1.1. Les biens sujets à partage

Nous avons vu comment une partie du droit positif, anglais surtout, avait reconnu un caractère commun à certains biens du ménage¹⁴⁸.

Kahn-Freund y voyait déjà, en 1953, la prémisse d'un système à base de partage des biens du ménage : « Beneficially, the spouses should (...) be considered as joint owners of (...) the matrimonial joint stock¹⁴⁹. » Il prévoyait cependant des difficultés :

The task of the draftsman charged with the preparation of such legislation would be difficult because he would have to formulate a criterion by which to distinguish « household assets » from others¹⁵⁰.

Ce n'est qu'un quart de siècle plus tard que se réalisèrent ses prévisions lorsque l'Ontario adopta *The Family Law Reform Act, 1978* qui reconnaissait

148. Lord DENNING dans *Fribance v. Fribance*, (1957) 1 All E.R. 357, p. 359, similaire à la définition donnée par Lord DIPLOCK dans *Pettitt v. Pettitt*, (1969) 2 W.L.R. 966, p. 994 et par Lord DENNING dans *Nixon v. Nixon*, (1969) 1 W.L.R. 1976 (C.A.), p. 1680, mais différent de la description de Lord MORRIS of Borth-y-Gest dans *Pettitt* p. 978. Voir aussi J. MILNER, « Family Assets », (1970) 86 *L.Q.R.* 98, pp. 106 et s.

149. O. KAHN-FREUND, « Matrimonial Property – Some Recent Developments », (1959) 22 *Mod. L. Rev.* 241, p. 269.

150. O. KAHN-FREUND, « Inconsistencies and Injustices in the Law of Husband and Wife », *supra*, note 71, p. 49.

le caractère familial de certains biens. Les autres provinces canadiennes-anglaises ont alors emboîté le pas, même celles qui, comme la Colombie-Britannique et la Saskatchewan, avaient déjà opté pour des systèmes reposant sur la discrétion judiciaire ¹⁵¹.

Le préambule de la loi de l'Ontario énonce le principe de l'égalité des époux et reconnaît que le mariage est une forme d'association ¹⁵², tout comme d'ailleurs la loi du Manitoba ¹⁵³. C'est cette association qui fonde dorénavant le droit au partage de certains biens. Tous n'ont cependant pas vocation au partage. En général, ce sont les *family assets* qui y sont sujets. En Ontario ¹⁵⁴, au Manitoba ¹⁵⁵ et sous la nouvelle loi de la Colombie-Britannique ¹⁵⁶, c'est uniquement le bien appartenant à un époux et utilisé par la famille pendant la vie commune qui est visé. Contrairement aux autres systèmes basés sur le partage des biens notamment aux U.S.A. ¹⁵⁷ et au Québec ¹⁵⁸, où c'est souvent au moment de l'acquisition qu'est fixé le caractère « commun » d'un bien, ici c'est son utilisation qui le qualifie :

(u)se during marriage is the basis of this system : Property acquired before the marriage, or given or bequeathed to a spouse, would be subject to sharing if it is used by the family ¹⁵⁹.

C'est dire qu'un bien personnel peut devenir « commun » si on en change l'utilisation. Le tribunal en a d'ailleurs ainsi décidé lorsqu'un homme d'affaires a choisi d'orner sa maison de tableaux appartenant à sa société et d'y exposer une partie de sa collection de tapis ¹⁶⁰. Le produit de la vente d'un bien familial est également considéré comme un bien familial ¹⁶¹. Enfin, il en va de même du terrain à la campagne acheté par le mari, au nom de son épouse, mais utilisé par la famille à des fins récréatives ¹⁶². Il a par contre été

151. Nous étudierons ces deux lois, aujourd'hui remplacées, dans le cadre des systèmes reposant sur la discrétion judiciaire.

152. « The equal position of spouses as individuals within marriage and... marriage as a form of partnership ».

153. *Supra*, note 47.

154. Art. 3(b).

155. Art. 1(a).

156. Art. 8, *Family Relations Act*, *supra*, note 49, qui remplace l'article 8 de la loi de 1972.

157. Soit dans les états suivants : Arizona, Californie, Idaho, Louisiane, Nevada, Nouveau-Mexique, Texas, Washington ; voir, R.W. BARTKE, « *Ontario Bill 6, or how not to Reform Marital Property Rights* », (1977) 9 *Ottawa L. Rev.* 321, p. 326.

158. Art. 1266d C.C.

159. Official Explanation, Bill 140, 3rd sess., 30th Leg. Ont. 1976. Ce projet fut diffusé sous forme de brochure accompagnée d'un commentaire.

160. *Bregman v. Bregman*, (1978) 21 O.R. (2d) 722 ; 7 R.F.L. (2d) 201, 91 D.L.R. (3d) 470 (F.L.D.).

161. *Doroshenko v. Doroshenko*, (1979) 9 R.F.L. (2d) 249 (Ont. H.C.).

162. *Youngblut v. Youngblut*, (1980) 3 R.F.L. 249 (Ont. H.C.).

jugé que des actions d'une société héritées du père du mari n'étaient pas des *family assets* ¹⁶³, pas plus d'ailleurs que la collection de poupées d'une femme constituée, s'en faut-il, avec l'aide du mari ¹⁶⁴.

La loi de l'Alberta, pour sa part, ne donne pas de définition des biens familiaux. Elle procède par exclusions. Ainsi certains biens sont exclus du partage à cause de leur origine : les biens acquis avant le mariage ainsi que ceux acquis à titre gratuit pendant le mariage. Sont aussi exclus l'indemnité et le produit d'une assurance de personnes ¹⁶⁵. En définitive ce sont donc tous les biens des époux acquis à titre onéreux pendant le mariage qui sont sujets à partage dans cette province. Cependant tout comme au Manitoba ¹⁶⁶ et en Colombie-Britannique ¹⁶⁷, les biens d'investissement (*commercial assets*) sont présumés « communs » en Alberta. Le législateur ontarien les exclut, quant à lui, au motif que :

(this) would thus leave each spouse free to engage in business without having the other spouse's concurrence in individual transactions...¹⁶⁸

On a souligné non sans raison l'incongruité d'une telle position puisque, la séparation de biens continuant à s'appliquer pendant le mariage, ce n'est qu'à la dissolution qu'il y a partage. Il n'existe donc en réalité aucun danger d'ingérence indue ¹⁶⁹. L'exemption des *commercial assets* protège peut-être exagérément l'homme d'affaires qui investit dans son entreprise alors que le salarié, lui, risque de devoir tout partager. Il faut dire cependant que le tribunal jouit d'une certaine discrétion pour prévenir des injustices.

1.3.1.1.2. La discrétion judiciaire

En Ontario, comme au Manitoba, le *Law Reform Commission* avait recommandé de limiter le pouvoir discrétionnaire ¹⁷⁰. En fait, la mesure de la discrétion varie considérablement d'une province à l'autre, tout comme son champ d'application. En Colombie-Britannique, le *Family Relations Act*,

163. *Brown v. Brown*, (1978) 1 R.F.L. (2d) 190, p. 343 (Ont. S. Ct).

164. *Boydell v. Boydell*, (1978) 21 O.R. (2d) 722, 2 R.F.L. (2d) 121 (Ont. U.F.C.).

165. Art. 7(2).

166. Art. 12. Au Manitoba, les biens « communs » sont moins nombreux qu'en Ontario. Cependant, les biens « commerciaux » sont couverts par la présomption, sujet cependant à la discrétion du tribunal sous l'article 13(2).

167. *Family Relations Act*, *supra*, note 49, art. 46.

168. Official Explanation, *supra*, note 159.

169. R.M. BARTKE, *supra*, note 157, p. 332.

170. *Ontario Report*, *supra*, note 15, p. 93 ; Manitoba, voir N. GARSON, « The Marital Property Act of Manitoba », étude présentée à la « Third Biennial Conference of the National Association of Women and the Law », 22-25 fév. 79, Calgary, polycopié, p. 38.

1978, qui énonce que le partage est un droit¹⁷¹, permet au tribunal de modifier non seulement les parts établies par la loi mais également celles prévues par convention s'il croit plus juste de le faire eu égard aux circonstances¹⁷². Il faut dire que la notion de bien familial est ici très large. Elle comprend en effet certains biens qui n'ont pas à être utilisés par la famille¹⁷³ ainsi que les biens de commerce à certaines conditions¹⁷⁴.

En Alberta la loi énumère les biens soumis à partage. Ceux qui sont acquis avant le mariage en sont exclus¹⁷⁵, les autres seront partagés à la discrétion du tribunal¹⁷⁶ ou par parts égales¹⁷⁷ selon leur origine¹⁷⁸. Les époux peuvent toutefois, par un contrat conforme aux prescriptions de l'article 37(1), se soustraire au partage prévu à la loi.

La loi du Manitoba traite différemment biens familiaux et biens de commerce. Elle accorde une certaine discrétion au tribunal pour modifier, mais dans des circonstances exceptionnelles seulement¹⁷⁹, les parts égales prévues par la loi pour les premiers. Quant aux biens de commerce, la discrétion du tribunal est beaucoup plus grande¹⁸⁰. Dans tous les cas cependant, il est lié par les conventions¹⁸¹. La loi n'énumère pas les biens à partager. Tous les biens qui ne sont pas des *family assets* sont des *commercial assets*¹⁸². Ils sont présumés devoir être partagés également tout comme les *family assets*.

En Ontario, le *Family Law Reform Act, 1978* accorde au tribunal une grande discrétion pour modifier les parts égales des *family assets*¹⁸³ dans les circonstances que la loi énumère¹⁸⁴. Quant aux autres biens, le tribunal doit également les partager, à sa discrétion, lorsque le partage des *family assets* s'avère injuste pour l'un des conjoints¹⁸⁵ ou encore pour reconnaître l'apport d'un époux à l'enrichissement de son conjoint :

171. Art. 43.

172. Art. 51.

173. Art. 45(3)(d)(e).

174. Art. 45(3)(e) et 46(2).

175. Art. 7(2).

176. Art. 7(3).

177. Art. 7(4).

178. Pour une analyse des difficultés éventuelles de l'article 7, voir M. SHONE, « Principles of Matrimonial Property Sharing ; Alberta's New Act », (1979) XVII *Alta L. Rev.* 143. p. 161.

179. Art. 13(1).

180. Art. 13(2).

181. Art. 5 et 1(f).

182. Art. 1(b).

183. Art. 4(4).

184. *Ibid.*

185. Art.4(6).

Where one spouse (...) has contributed work, money or money's worth in respect of the acquisition, management, maintenance, operation or improvement of property, other than family assets, in which the other has or had an interest... the court may by order, a) direct the payment of an amount in compensation therefore; or b) award a share of the interest of the other spouse (...) in the property appropriate to the contribution, and the court shall determine and assess the contribution without regard to the relationship of husband and wife or the fact that the acts constituting the contribution are those of a reasonable spouse of that sex in the circumstances¹⁸⁶.

Cette grande discrétion accordée au tribunal par la loi ontarienne a permis à certains d'affirmer qu'il s'agit d'un système qui marie droit au partage et discrétion judiciaire¹⁸⁷.

En vérité, le rattachement de ce type de loi à l'un ou l'autre des systèmes dépendra de la façon dont les tribunaux feront usage de leur pouvoir. D'ailleurs, il faut, pour se faire une idée exacte du système à base de discrétion judiciaire, faire un retour au début des années 1970, époque où il fit son apparition.

1.3.1.2. Le partage, un « privilège », ou les systèmes à base de discrétion judiciaire

Dès 1970, le législateur anglais a adopté le *Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970*¹⁸⁸. Cette loi est, dit son préambule :

An Act to make fresh provision for empowering the court in matrimonial proceedings to (...) declare what interest in property is acquired by a spouse who contributes to its improvement...

L'article 4 de la loi autorise le tribunal, à la rupture du mariage, à décréter la passation d'un titre de propriété entre époux. Ceci paraît, à première vue, améliorer considérablement la séparation de biens en permettant au tribunal d'opérer des transferts de biens d'un époux à l'autre. Mais tout est laissé à la discrétion du juge, exercée suivant les critères que la loi énumère. Il doit tenir compte, entre autres, des besoins et des moyens des parties, de leur niveau de vie, leur âge, leur état de santé, les possibilités de revenus pour l'avenir, les pertes financières résultant de la dissolution du mariage ainsi que de la contribution au bien-être de la famille, y compris l'activité au foyer¹⁸⁹. Il s'agit de tenter de replacer les parties, dans la mesure

186. Art. 8.

187. « (...) it is a discretionary approach coupled with the presumption of "marital property" of the spouses » R.W. BARTKE, *supra*, note 157, p. 330.

188. *Supra*, note 30.

189. Art. 5(f) de la loi de 1970 et 25(1)(g) de la loi de 1973.

du possible et tenant compte de leur conduite, dans la situation où elles se trouveraient si le mariage avait tenu et que chacun se fût acquitté de ses obligations¹⁹⁰.

Au Canada, la Colombie-Britannique a adopté, en 1972, le *Family Relations Act*¹⁹¹ qui permettait au tribunal d'établir des transferts de propriété entre conjoints¹⁹². Il pouvait même le faire à l'encontre d'un contrat de mariage, à condition d'être dans les deux ans de la dissolution¹⁹³. On ne donnait pas en cette province de critères au juge pour « encadrer » sa discrétion. On peut mesurer, si on compare avec la loi actuelle¹⁹⁴, le changement d'attitude du législateur depuis cette époque. En vertu de la loi de 1978, le juge doit maintenant procéder au partage¹⁹⁵. Tout au plus, peut-il exercer sa discrétion pour modifier les parts¹⁹⁶.

La modification apportée en 1975 par la Saskatchewan à l'article 22 du *Married Women's Property Act*¹⁹⁷ a marqué, pour certains, un point tournant dans le droit des biens dans la famille au Canada :

The amendment is a landmark in the family law area in Canada, being the first legislative attempt to mitigate the harsh effects of the common law and previous statute law on the ownership of marital property, as most graphically illustrated by the recent cases of *Murdoch v. Murdoch* and *Rathwell v. Rathwell*¹⁹⁸.

Par cette modification le législateur accorda au tribunal un grand pouvoir discrétionnaire pour rendre toute décision qu'il jugeait équitable en rapport avec les biens des époux. Il devait cependant tenir compte des contributions respectives des conjoints, dont l'activité au foyer¹⁹⁹, et respecter, le cas échéant, les conventions matrimoniales²⁰⁰. Les Territoires du Nord-Ouest ont aussi adopté une législation semblable en 1974²⁰¹.

Nous remarquons au début de cette étude que, dans les juridictions de common law, la loi n'est pleinement incorporée au droit que lorsqu'elle a été

190. Art. 5 de la loi de 1970 et 25(1) de la loi de 1973.

191. S.B.C. c. 20.

192. Art. 8(1).

193. Art. 9.

194. *Supra*, par. 1.3.1.1.2.

195. Art. 43.

196. Art. 51.

197. R.S.S. 1965, c. 340, s. 22, mod. par Stat. Sask. 1974-75, c. 29, dorénavant citée « Loi de la Saskatchewan ».

198. R. HEWITT, « Section 22: Married Women's Property Act », (1977-78) 42 *Sask. Law Rev.* 260, p. 260.

199. Art. 22(4).

200. Art. 22(2).

201. R.O.N.W.T. 1974, c. M-7, art. 28.

interprétée par les tribunaux. Nous allons donc voir comment ceux-ci ont exercé la discrétion que leur a accordée le législateur afin de mesurer la portée des lois adoptées.

1.3.1.3. L'exercice de la discrétion judiciaire

La discrétion judiciaire a, de tout temps, suscité des inquiétudes. Coke en évoque les dangers dès le XVI^e siècle²⁰². Aujourd'hui, on continue à s'en inquiéter malgré sa faveur croissante auprès du législateur :

Experience with judicial discretion is not encouraging. New Zealand, England, British Columbia and Saskatchewan have already given judges discretion to redistribute matrimonial property. Concerns about uncertainty and arbitrariness are confirmed²⁰³.

Ces remarques sont-elles justifiées? C'est ce que nous allons tenter de déterminer.

1.3.1.3.1. En Angleterre

L'adoption en Angleterre, en 1970, du *Matrimonial Proceedings and Property Act* avait soulevé des protestations. La soumission de la femme au pouvoir discrétionnaire du juge fut considérée abusive²⁰⁴. Il est certain qu'il est plutôt humiliant de se présenter au tribunal « sébile à la main ». Et puis, comment prévoir la solution d'un litige qui dépend parfois de l'humeur d'un juge?

Les tribunaux ont d'abord vu dans la nouvelle loi une codification du droit traditionnel qu'ils devaient continuer à appliquer²⁰⁵. Ils furent donc réticents lorsqu'il s'agissait de transférer des capitaux²⁰⁶, sauf dans des circonstances exceptionnelles²⁰⁷. On s'est également demandé dans quelle mesure on devait tenir compte de la conduite des parties²⁰⁸. La Cour d'appel

202. « ... the danger of substituting the uncertain and crooked cord of discretion for the golden and straight metwand of the law »; cité dans *Ransom v. Higgs*, (1974) 3 All E.R. 949 (H. of L.), pp. 969-970.

203. F.A. SCHROEDER, « Matrimonial Property Law Reform: Evaluating the Alternatives », (1978) 1 *U.B.C. L. Rev.* 24, p. 29.

204. « Confidence trick », voir « Rapport du débat sur la loi à la Chambre des Lords » dans *The Times* du 7 novembre 1969, p. 16.

205. Monsieur le juge PHILLIMORE dans *Ackerman v. Ackerman*, (1972) 2 All E.R. 420 (C.A.).

206. *Millward v. Millward*, (1971) 1 W.L.R. 1432 (C.A.); *Jones v. Jones*, (1971) 1 W.L.R. 396, 3 All E.R. 1201 (C.A.).

207. S.M. CRITNEY, « Financial Provision after *Wachtel v. Wachtel* », (1973) 36 *Mod. L. Rev.* 653.

208. *Wachtel v. Wachtel*, (1973) 1 All E.R. 829 (C.A.).

trancha en donnant, en 1972, la véritable portée de la loi de 1970 dans l'arrêt *Wachtel v. Wachtel*²⁰⁹. Le tribunal refuse de voir dans la loi de 1970 une codification du droit traditionnel. Il a maintenant le pouvoir de transférer les biens d'un époux à son conjoint : « Now under the 1970 Act, the Court has power (...) to effect a transfer of the assets of the one to the other ²¹⁰ ».

Que la contribution soit directe ou indirecte, peu importe maintenant, puisque le Parlement a reconnu la valeur économique de l'activité de la femme au foyer²¹¹. Les tribunaux considèrent donc que l'épouse qui a « tenu la maison » a mérité sa part des biens du ménage²¹². Quant au facteur de la conduite des parties, ils répugnent de plus en plus à en tenir compte, à tout le moins en présence d'accusations réciproques. Il faudrait d'ailleurs un écart de conduite notoire²¹³ pour que cela puisse peser sur la décision. Il en serait ainsi si l'écart avait duré un certain temps²¹⁴ ou, encore, s'il avait causé la rupture²¹⁵ :

The party concerned must be plainly seen to have wilfully persisted in conduct... calculated to destroy the marriage in circumstances in which the other party is substantially blameless²¹⁶.

Lorsque les deux conjoints sont également fautifs, la Cour d'appel a cependant clairement établi qu'il ne fallait pas tenir compte de leur conduite²¹⁷.

1.3.1.3.2. Au Canada

En Colombie-Britannique, dans l'une des premières décisions de la Cour suprême de cette province en vertu du *Family Relations Act, 1972*, monsieur le juge Monroe reconnaît que l'article 8 accroît le pouvoir discrétionnaire :

S. 8 confers upon the Court a discretion which it did not previously have — a discretion to make an order that allocates property held in the name of either or both spouses between them... in a just and equitable way according to all the

209. *Ibid.*

210. Lord DENNING, p. 836.

211. *Wachtel v. Wachtel*, *supra*, note 208, p. 838.

212. Art. 25(1)(f) *Matrimonial Causes Act 1973*; *Brett v. Brett*, (1969) 1 W.L.R. 927; voir S.M. CRETNEY, *supra*, note 207, p. 655.

213. « Obvious and gross ».

214. *Griffiths v. Griffiths*, (1974) 1 All E.R. 932 (C.A.).

215. *W. v. W.*, (1975) 3 All E.R. 970 (Fam. D.).

216. *Harnett v. Harnett*, (1973) 2 All E.R. 593 (Fam. D.).

217. *Harnett v. Harnett*, *supra*, note 216 p. 601; pour une analyse de la jurisprudence anglaise à ce sujet, voir M. SPENCER, « Effect of Conduct on Matrimonial Relief », (1978) 128 *New L. J.* 348.

circumstances. Section 8 thereby altered the rigours of the common law as it existed prior to its enactment, when determining the property rights of members of a family following dissolution of the marriage of the spouses²¹⁸.

Au début, ce point de vue ne fait pas l'unanimité²¹⁹. Mais la Cour d'appel a été ensuite très explicite dans l'affaire *Deleeuw v. Deleeuw*²²⁰. Le juge Hinkson refusa d'interpréter la phrase « et s'il semble qu'un conjoint ait un droit de propriété »²²¹ à l'article 8 comme référant au conjoint du détenteur²²², interprétation qui avait fondé certains juges à exiger la preuve d'un titre pour attribuer un bien. Le juge Hinkson refusa cette interprétation. Il se dit plutôt d'avis que :

(...) that is not the meaning to be given to those words as they appear in that section. Rather, the phrase is intended to refer to a spouse who does have an interest (usually the husband) and it is the words lower down in the section which give the Court power to give the other, unpropertied, spouse a share in it²²³.

Le juge Hinkson exprima son accord avec le juge Monroe dans l'arrêt *Stevenson* et les décisions rendues dans le même sens par la suite²²⁴. Mais là ne se limite pas la portée du jugement dans l'affaire *Deleeuw*. Le juge ajouta que, dans certaines circonstances, le tribunal pouvait, dans l'exercice de sa discrétion, considérer comme une contribution valable à l'acquisition d'un bien par le mari le seul fait d'avoir été une bonne épouse²²⁵. On voit ici réapparaître le critère de la conduite sous une forme déguisée, mais ce qui retient surtout l'attention, c'est la reconnaissance de la valeur économique de l'activité au foyer. L'attribution d'un bien est le salaire de la « bonne épouse ». L'article 8 aurait donc considérablement élargi la notion de contribution :

In summary, the « ordinary ranch wife » of *Murdoch v. Murdoch* and other « ordinary wives and mothers » can, under Section 8, expect a good deal more than a perfunctory judicial acknowledgement of the moral worth of their efforts in the matrimonial enterprise²²⁶.

218. *Stevenson v. Stevenson*, (1974) 15 R.F.L. 248 (B.C.S.C.), p. 250.

219. *Garratt v. Garratt*, (1974) 6 W.W.R. 659, 16 R.F.L. 168 (B.C.S.C.); *Thomas v. Thomas*, (1974) 2 F.L.D. 269 (B.C.S.C.); *Ratcliffe v. Ratcliffe*, (1976) 27 R.F.L. 227 (B.C.S.C.).

220. (1978) 82 D.L.R. (3d) 521 (B.C.C.A.).

221. « And it appears that a spouse is entitled to any property ».

222. P. 525.

223. *Ibid.*

224. *MacLeod v. MacLeod*, (1975) 4 F.L.D. 10 (B.C.S.Ct.); *Nedelak v. Nedelak*, (1977) 5 F.L.D. 370 (B.C.S.Ct.); *Knight v. Knight*, (1977) 2 B.C.L.R. 141.

225. P. 525.

226. K. B. FARQUHAR, « Section 8 of the Family Relations Act An Experiment in the Exercise of Judicial Discretion and the Distribution of Matrimonial Property, (1979) 13 *U.B.C. L. Rev.* 169, p. 184.

La loi de Saskatchewan de 1975²²⁷ n'a pas donné lieu aux mêmes problèmes d'interprétation que celle de la Colombie-Britannique. L'article 22(3) est en effet très explicite. Un époux peut réclamer une part d'un bien de son conjoint sans avoir à y établir un titre juridique. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'on l'entend²²⁸. Le paragraphe 4 de l'article 22 élargit considérablement la notion de contribution, ce qui permet au juge Johnson d'attribuer à l'épouse la moitié de la valeur de la résidence familiale alors qu'elle avait peu contribué²²⁹. Même si la contribution a consisté à s'occuper uniquement du foyer ou de la ferme, il suffit que la tâche assumée ait été « la tâche habituelle d'une épouse de fermier »²³⁰. On a même considéré comme contribution valable l'activité réduite d'une épouse dont le peu d'habileté manuelle ne lui permettait pas de s'acquitter normalement de sa tâche et encore moins d'aider son mari²³¹. L'activité doit cependant s'exercer à l'égard de toute la famille vu que la loi parle de soins du ménage et de la famille²³², ce qui vaut la portion congrue à l'épouse qui s'est consacrée presque exclusivement à un enfant déficient mental²³³.

Faire des enfants serait une « contribution négative » pour certains²³⁴, alors que d'autres qualifient les cinq enfants d'un couple de biens communs inestimables²³⁵. Si l'activité au foyer constitue une contribution suffisante, il faut cependant l'établir avec tout l'odieux que représente une telle comptabilité. Ce bilan des faits et gestes quotidiens n'a heureusement pas à être fait devant le tribunal dans les juridictions qui établissent une présomption relative au partage des biens familiaux. Mais là encore, le tribunal jouit d'une certaine discrétion et il faut voir comment on l'a exercée depuis 1978, année où sont entrées en vigueur les deux premières lois à base de partage des biens.

227. *Supra*, note 197.

228. *Bowser v. Bowser*, (1976) 24 R.F.L. 394 (Sask. Q.B.).

229. *Galambos v. Galambos*, 19 mai 1977 (Juge Sirois) non rapportée; *Bowser v. Bowser*, *supra*, note 228; voir à ce sujet R.W. HEWITT, *supra*, note 198, p. 266.

230. *Wendland v. Wendland*, déc. 1975 (Juge Johnson) non rapportée mais citée dans R. HEWITT, *supra*, note 198, p. 267.

231. *Procknow v. Procknow*, 27 oct. 1976 (Juge MacDonald) non rapportée mais citée dans R. HEWITT, *supra*, note 198, p. 267.

232. Art. 22 (4) « caring for the home and family ». Ceci « (...) connotes more than the physical functions of preparing the meals and cleaning the residence » : *Lauder v. Lauder*, (1978) 3 W.W.R. 205 (Sask. Q.B.), p. 208. Notons ici que *The Matrimonial Property Act 1979* de la Saskatchewan reconnaît maintenant que chaque conjoint a droit à la moitié des biens matrimoniaux, S.S. 1979, ch. M-6.1, art. 21(1).

233. *Lauder v. Lauder*, (1978) 3 W.W.R. 205 (Sask. Q.B.), p. 208.

234. « Childbirth, with its consequence expense depletes rather than contributes to the financial resources of the spouses » : monsieur le juge DISBERRY dans *Rusnak v. Rusnak*, (1976) 24 R.F.L. 24 (Sask. Q.B.).

235. « Joins assets of incomparable value » : *MacLeod v. Macleod*, (1975) 4 F.L.D. 10 (B.C.S. Crt); voir aussi *Schneider v. Schneider*, (1980) 10 R.F.L. (2d) p. 88 (Sask. C.A.).

Pour ce qui est des biens familiaux, le juge Taylor de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Stammler v. Stammler*²³⁶, interpréta l'article 43 du *Family Relations Act de 1978*²³⁷, comme suit :

While it is not easy to find any clear indication of legislative intention in the language used, it is plain that the interest granted by s. 43 is not granted by reason of the fact of marriage alone. That is to say, it cannot be intended by the legislation that the parties be deemed in the absence of contrary provisions in a marriage agreement to have bestowed on each other at the time of marriage a half interest in all « family assets » present and future, as a term of the marriage partnership. The reference in s. 51 to duration of the marriage and date of the acquisition of property, as factors which may render equal sharing « unfair » make this apparent. The half interest granted by s. 43 must therefore be an interest « earned » by the claimant during marriage²³⁸.

À partir de cette interprétation, il jugea qu'en deux ans et demi de cohabitation, l'épouse s'était « mérité » une part de 12,5% de la résidence appartenant à son mari.

Monsieur le juge Calligan de la Cour suprême de l'Ontario, dans l'affaire *Silverstein v. Silverstein*²³⁹ fut plutôt d'avis que l'intention du législateur ontarien était à l'effet que les *family assets* doivent être répartis également entre les conjoints à la dissolution :

It is my opinion that the legislature intended to put an end once and for all to the interminable litigation that has been before the courts of this province concerning the ownership of, or interest in, those assets which were jointly used by spouses living together as a married couple. That intention is made clear by the provisions of s. 4(1) of the Act²⁴⁰.

Le tribunal ne pouvait, selon lui écarter cette règle que dans les circonstances exceptionnelles prévues à la loi :

It appears to me that a court may only depart from the prima facie right of a spouse to equal division of family assets if it is satisfied that because one or more of the criteria set out in paragra. (a) to (f) are established there would be inequity in an equal division²⁴¹.

236. (1980) 11 R.F.L. (2d) 83, p. 86 (B.C.S. CrT); au même effet *Dresen v. Dresen*, (1980) 13 R.F.L. (2d) 97.

237. *Supra*, note 49 : « 1) ... each spouse is entitled to an interest in each family asset... 2) The interest under subsection (1) is an undivided half interest in the family asset as a tenant-in-common ».

238. P. 86.

239. (1978) 87 D.L.R. (3d) 116 (Ont. H. CrT); voir aussi *Weir v. Weir*, (1978) 6 R.F.L. (2d) 189 (Ont. H. CrT); *Peterson v. Peterson*, (1981) 20 R.F.L. 1 (Ont. H. CrT) et commentaire de J. McLEOD; *Leatherdale v. Leatherdale*, (1981) 19 R.F.L. 148.

240. P. 129.

241. (1978) 87 D.L.R. (3d) p. 130.

Le législateur, croyait-il, n'avait pas voulu soumettre la règle de droit à l'arbitraire du tribunal :

I am convinced that the Legislature did not intend the court to be entitled to exercise any broad jurisdiction to divide family assets in accordance with what an individual Judge may think is fair and equitable in a particular case...²⁴²

Les tribunaux épousèrent plutôt l'interprétation du juge Calligan que celle du juge Taylor pour ne modifier le partage prévu à la loi, quant aux *family assets*, que dans des circonstances exceptionnelles²⁴³. Il y aurait circonstance exceptionnelle, par exemple, lorsqu'une épouse, en plus d'exercer une activité rémunérée, assume les soins du ménage et contribue financièrement à son entretien. Ainsi, dans l'affaire *O'Reilly*²⁴⁴, le juge, interprétant le paragraphe (5) de l'article 4 de la loi de l'Ontario, en est venu à la conclusion qu'à des contributions inégales doivent correspondre des parts inégales. Il y aurait également circonstance exceptionnelle lorsque le mari n'assume pas ses obligations ou lorsqu'il « déserte » régulièrement le foyer conjugal, laissant son épouse se débrouiller seule²⁴⁵. Enfin, il en est de même lorsque le bien en litige a été acquis avant le mariage²⁴⁶. Dans ce dernier cas, le tribunal s'appuie sur la notion de « mérite » comme dans l'arrêt *Stammler v. Stammler*²⁴⁷ ou, encore, sur le peu d'importance de la contribution comme dans l'arrêt *Carlin v. Carlin*²⁴⁸. Il faut en effet éviter, s'il n'y a aucun lien entre l'acquisition du bien et la famille, que le nouveau conjoint vienne s'enrichir indûment²⁴⁹.

Tout en souscrivant en général au principe du partage par moitié des biens familiaux, les juges peuvent en atténuer les effets en adjugeant une part des autres biens lorsque le partage des seuls biens familiaux s'avère inéquitable. Certaines lois prévoient ce tempérament²⁵⁰ et le tribunal en a ainsi décidé dans l'affaire *Silverstein*²⁵¹. En assumant presque seule les soins

242. *Id.*, p. 129.

243. *Mazurenko v. Mazurenko*, (1980) 15 R.F.L. (2d) 148 ; *Smith v. Smith*, (1980) 3 Man. R. (2d) 206 (C.A.).

244. (1979) 9 R.F.L. (2d) 1 (Ont. S. Crt.).

245. *Brenner v. Brenner*, (1979) 10 R.F.L. (2d) 208, p. 215 (B.C.S.Crt.).

246. *Werner v. Werner*, (1980) 1 Sask. R. 327 ; *Evenson v. Evenson*, (1980) 4 Sask. R. 476 (Q.B.) sous la loi de 1979.

247. *Supra*, note 236.

248. (1979) 10 R.F.L. (2d) 176 (B.C.S.Crt.).

249. Voir le commentaire de cette décision par J. McLEOD, (1979) 10 R.F.L. (2d) p. 177 ; comparer avec *Gilbert v. Gilbert*, (1979) 10 R.F.L. (2d) 385 (Co. Crt.).

250. Loi de l'Ontario, art. 4(6) ; Loi de Colombie-Britannique, art. 51.

251. *Supra*, note 239, en application de l'article 4(6)(b) ii ; voir dans le même sens *Peterson v. Peterson* (1981) 20 R.F.L. 1 et la note qui l'accompagne.

du ménage, madame Silverstein avait permis à son mari de faire des investissements profitables. Elle devait donc pouvoir en bénéficier :

It seems to me that merely dividing the family assets in this case would not fairly recognize the effect which Mrs. Silverstein's assumption of the major responsibility for child care and household management had on the ability of Mr. Silverstein to acquire the assets which are now represented by the Midland Avenue Property...²⁵²

Il en fut de même dans l'affaire *Bregman v. Bregman*²⁵³ où le juge attribua à l'épouse une part des biens autres que familiaux pour la raison suivante :

Her assumption of the responsibilities under s. 4(5) left him free physically, intellectually and mentally to work at his profession and to manage his personal investments...²⁵⁴

On relève d'ailleurs un courant jurisprudentiel où la contribution d'un époux en espèces ou en nature lui a mérité une part d'une affaire, parfois la moitié, sur la base du fait qu'il y avait entreprise conjointe²⁵⁵.

Il peut, de plus, y avoir une prestation compensatoire lorsqu'il y a un rapport étroit entre le bien en litige et la contribution²⁵⁶. Ce ne sont cependant pas quelques menus travaux qui peuvent donner lieu à une telle compensation²⁵⁷, surtout pas ceux qui font habituellement l'objet d'un service entre amis²⁵⁸. L'article 8 de la loi de l'Ontario, dit le juge dans l'affaire *Fisher v. Fisher*²⁵⁹, vise à contrer l'argument relatif à ce qui est normal pour l'épouse d'un fermier (*work done by any ranch wife*) retenu dans l'affaire *Murdoch*.

S'il n'y a plus de biens familiaux à partager, le juge du divorce les ayant déjà attribués avant l'entrée en vigueur de la loi de l'Ontario, le tribunal recourt à l'article 8 pour remédier à une situation injuste résultant d'une donation d'un mari à son épouse au cours du mariage :

252. P. 127.

253. (1979) 21 O.R. (2d) 722, 7 R.F.L. (2d) 201, 91 D.L.R. (3d) 470 (F.L.D.); voir aussi *Footo v. Footo* (Ont. H. Crt) Oct. 21, 1980.

254. (1979) 21 O.R. (2d) 722, p. 740.

255. *Boydell v. Boydell* (1978) 2 R.F.L. (2d) 121 (Ont. H. Crt); *Brown v. Brown* (1978) 1 R.F.L. (2d) 343 (Ont. H. Crt); *Cook v. Cook*, (1978) 2 R.F.L. (2d) 204 (Nfld. S. Crt); *Kastrau v. Kastrau*, (1979) 7 R.F.L. (2d) 318 (Ont. U.F. Crt); *McIntyre v. McIntyre*, (1979) 9 R.F.L. (2d) 332 (Ont. S. Crt); *Meszaros v. Meszaros*, (1978) 22 O.R. (2d) 695 (H. C.); *Silverstein v. Silverstein*, *supra*, note 239.

256. *Silverstein v. Silverstein*, *supra*, note 239, p. 128. La Cour suprême du Canada a décidé dans ce sens dans l'affaire *Pettkus v. Becker*, (1981) 19 R.F.L. (2d) 171.

257. *C. v. C.* (n° 1), (1980) 11 R.F.L. (2d) 356.

258. *Fisher v. Fisher*, (1979) 6 R.F.L. (2d) 361, (Ont. S. Crt), p. 369.

259. *Id.*, p. 368.

S. 8 is available to a spouse or former spouse in circumstances where relief under s. 4 is not available with respect to family assets.

(...)

In my view, a claim for contribution compensation (in order to avoid unjust enrichment) is fortified, rather than diminished, by the fact that the property had originally been owned by applicant and transferred as a gift to the respondent²⁶⁰.

Un tel raisonnement prête le flanc à la critique. Une donation ne saurait donner lieu à une compensation et demeurer une donation. On ne saurait non plus invoquer ici l'enrichissement injuste, la transaction ayant été faite librement et en toute connaissance de cause²⁶¹.

Conclusion

Le législateur ontarien, après un an d'application du *Family Law Reform Act, 1978*, jugeait la situation des plus satisfaisante :

The provisions of the Act relating to division of property appear to be achieving the purposes stated in the Act itself: the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses on the breakdown of their partnership and the recognition of the joint contribution by the spouses to the assumption of the responsibilities of child care, household management and financial provision²⁶².

Il nous reste à souhaiter qu'il en aille de même dans les autres provinces canadiennes qui, pour la plupart, ont choisi de légiférer dans le même sens que l'Ontario.

En déposant le Projet de loi sur la réforme du droit de la famille, le procureur général ontarien avait noté que sa province allait naviguer sur une mer inconnue²⁶³. En fait, la part d'inconnu n'est peut-être pas aussi grande puisqu'il y aurait, de l'aveu même de l'*Ontario Law Reform Commission* dans son *Report on Family Law*, une grande ressemblance entre le système de partage différé alors préconisé et celui de la société d'acquêts en vigueur au Québec. Les tribunaux de common law trouveront donc, s'ils veulent bien regarder du côté du Québec, non pas une mer inconnue mais bien, comme nous le verrons sous le prochain titre, un chemin balisé.

260. *Eisbrenner v. Eisbrenner*, (1979) 9 R.F.L. (2d) 224 (Ont. D. Crt), p. 232.

261. Voir la note qui accompagne la décision dans (1979) 9 R.F.L. (2d), p. 225.

262. *The Family Law Reform Act—One year Later*, Min. of the Attorney-General, Toronto, Octobre 1979, p. 6.

263. « Would sail on uncharted waters ».

2. Les rapports patrimoniaux des époux au Québec : une comparaison

Introduction

Dans les pays de la famille romano-germanique, à laquelle se rattache le Québec, les règles de droit privé sont habituellement énoncées sous forme de principes généraux qui visent à en assurer l'universalité et la permanence. Universalité et permanence ne signifient toutefois pas immobilisme, comme en font foi les nombreux changements opérés au chapitre des droits de la femme mariée.

Contrairement à ce qui a eu cours en pays de common law, la personnalité juridique de la femme mariée québécoise ne s'est jamais confondue à celle de son mari. Sa capacité juridique sous tous les régimes était cependant fort limitée à l'origine :

Femme mariée ne peut donner, aliéner, disposer, ni aucunement contracter entre vifs, sans autorité et consentement de son mari²⁶⁴.

De plus, à partir de l'adoption du *Code civil*, le 1^{er} août 1866, jusqu'au 16 décembre 1954, elle figure à côté des mineurs et des interdits parmi les personnes incapables de contracter²⁶⁵. L'adoption, en 1954, de l'article 986a C.C.²⁶⁶ supprime ce voisinage outrageant. Sa portée est cependant toute platonique :

La capacité de contracter des femmes mariées, comme leur capacité d'ester en justice, est déterminée par la loi.

Jusqu'en 1931²⁶⁷, le mari a la main haute sur tous les biens de son épouse. Cette année-là, la femme séparée de corps obtient la pleine capacité juridique²⁶⁸. La femme non séparée devra, quant à elle, attendre en 1964, date de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*²⁶⁹ qui marque une première étape dans l'établissement de son statut juridique. Une seconde étape est franchie en 1969 par l'adoption de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*²⁷⁰.

264. M. DUPIN, *Œuvres de Pothier*, t. 6, Paris, Chasseriau, 1823, p. 2.

265. Art. 986 C.C.

266. Abrogé en 1964.

267. E. CAPARROS, *supra*, note 12, p. 199.

268. *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, S.Q. 1930-31, c. 101.

269. S.Q. 1964, c. 66.

270. L.Q. 1969, c. 77 ; voir à ce sujet P.A. CREPEAU, *Les principes fondamentaux de la réforme des régimes matrimoniaux*, Lois Nouvelles 11, Montréal, P.U.M. 1970.

Avant d'aborder cette deuxième partie de notre étude, il nous apparaît opportun de souligner un premier élément de difficulté pour qui veut comparer la situation des époux au Québec avec celle des ménages ailleurs au Canada. Il s'agit du contenu des régimes matrimoniaux. On s'entend généralement sur le fait que ceux-ci visent l'ensemble des règles relatives aux intérêts pécuniaires des époux pendant le mariage²⁷¹. Or, la première partie de notre étude nous a amenée à constater que, dans les provinces anglaises, la loi s'intéresse surtout à l'attribution des biens à la dissolution du mariage. Vu cette différence, nous traiterons ici plus longuement de la situation des époux pendant le mariage que nous ne l'avons fait dans la première partie.

Afin de circonscrire notre étude, nous ne tiendrons compte que du régime légal. Précisons cependant que les dispositions relatives aux effets du mariage s'appliquent aux époux sous tous les régimes. D'ordre public²⁷², elles revêtent, nous le verrons, une grande importance dans le nouveau droit de la famille, où certains biens ont été soustraits aux règles du régime matrimonial. Les dispositions du nouveau droit de la famille ne sont pas toutes en vigueur, bien qu'adoptées par l'Assemblée nationale. Nous en traiterons quand même afin d'avoir une vue d'ensemble, notamment, du système visant à assurer la protection de la résidence familiale. Il sera cependant toujours indiqué si la disposition est ou non en vigueur.

La situation des époux à la dissolution dépend, d'une part, des dispositions impératives qui constituent la « structure » du régime matrimonial et, d'autre part, des règles de ce régime. C'est donc dans cet ordre que nous verrons comment le législateur aménage le partage. Par la suite et en conclusion, nous examinerons, tout comme dans notre étude du droit des provinces de common law, la question à savoir si le partage des biens est, au Québec, un droit ou un privilège. Préalablement à tout cela cependant et afin de mieux situer la question dans un contexte de droit comparé, il nous faut faire état de certaines différences fondamentales en la matière dans les deux systèmes de droit en vigueur au Canada, différences surtout dans la façon de percevoir les choses et d'user du principe de la liberté des conventions matrimoniales.

2.1. Deux points de vue

Le terme « régime matrimonial » est étranger à l'oreille d'un juriste anglais. Il est d'ailleurs significatif que l'une des premières études modernes en langue anglaise sur le sujet ait dû décrire la matière par une circonlocution,

271. J.G. RENAULD in *Les régimes matrimoniaux*, Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Émile Bruylant, 1966, p. 24.

272. Art. 440 C.C.Q.

soit *Matrimonial Property Law*²⁷³. Il faut dire que le droit familial lui-même a dû attendre longtemps avant d'être reconnu comme une branche distincte du droit en Angleterre. Jusqu'au début des années 1950, le juriste anglais devait chercher la matière du droit familial sous le couvert des rubriques du « divorce », du « droit des personnes », de « mari et femme », de « parents et enfants », des « biens de la femme mariée », etc. L'absence de l'expression « régime matrimonial » justifiait la thèse de ceux qui assimilaient la séparation de biens à une absence de régime²⁷⁴. Ce qui n'existait pas n'avait pas besoin d'être nommé.

Par contre, dans les juridictions de droit civil, on trouve une réglementation des rapports patrimoniaux entre époux bien avant l'époque des grandes codifications²⁷⁵. C'est donc une branche du droit bien identifiée, bien structurée. Son contenu est délimité. On en trouve maintenant les principes au *Code civil*, la jurisprudence ne jouant qu'un rôle supplétif dans l'élaboration de la règle de droit. En droit anglais, au contraire, c'est, avons-nous vu, à travers une jurisprudence remontant parfois à des temps immémoriaux qu'il faut la découvrir.

2.2. Le droit traditionnel

Ce sont effectivement les tribunaux qui, dans les juridictions de common law ont élaboré, à travers les institutions traditionnelles, un système de protection de la femme mariée d'abord par l'*equity* et les différentes présomptions, le *trust* et l'*advancement*, et par l'interprétation libérale des textes législatifs comme les *Married Women's Property Acts*. Ce sont encore les tribunaux anglais qui, à partir du *licence*, ont assuré un minimum de protection à la résidence familiale. Mais les nouvelles réalités sociales de l'après-guerre, dont l'accession de la femme au marché du travail, ont obligé les tribunaux anglais à développer la notion de famille comme sujet de droit, d'où les biens familiaux ou *family assets*. L'élaboration judiciaire d'un droit patrimonial de la famille a permis de résoudre certains litiges, mais le besoin d'un ensemble cohérent de règles s'appuyant sur des principes bien exprimés s'est vite fait sentir. En rapport avec ce droit prétorien (*judge-made law*), Bromley écrit d'ailleurs :

Doctrines effecting such radical changes are bound to bristle with difficulties. Whilst clear patterns seem to emerge from time to time in decided cases, they

273. W. FRIEDMANN, *Matrimonial Property Law*, University of Toronto School of Law, Comparative Law Series, Toronto, Carswell, 1955.

274. Voir à ce sujet, L.N. BROWN, dans *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, 2^e éd., Paris, éd. A. Pédone, 1974, p. 117.

275. E. CAPARROS, *supra*, note 12, p. 13.

are liable to be suddenly obscured by a new case out of line with recent trends. The real trouble is that such legislation as there has been during this century has merely sought to tackle isolated problems and marked differences of opinion amongst the judges have been reflected in confusing and sometimes contradictory decisions. It is clear that only a complete statutory overhaul of the whole field of matrimonial property law can now produce a rational system and the time is ripe for such legislation²⁷⁶.

Par contre, au Québec, le régime communautaire a de tout temps assuré de façon satisfaisante la protection de la femme mariée. Mignault assure même qu'elle est « protégée à outrance » par nos lois. Il ajoute :

La plupart des inconvénients qu'on signale proviennent surtout du fait que la femme qui se marie écarte, de propos délibéré, la protection dont la loi l'entoure, (...) si la femme ne faisait pas elle-même son marché et permettait à la loi de Québec de veiller sur ses intérêts matrimoniaux, nous n'entendrions pas autant de plaintes²⁷⁷.

L'opinion de monsieur le juge Albert Mayrand quant à l'inéquité du régime conventionnel de la séparation de biens s'inspire sans doute de cette déclaration faite par Mignault soixante-quinze ans plus tôt²⁷⁸.

Contrairement à sa sœur anglaise qui s'adresse aux tribunaux pour atténuer la rigueur de la séparation de biens, la femme mariée québécoise cherche plutôt, en choisissant le régime de la séparation contractuelle de biens, à se libérer du « carcan » que constitue pour elle le régime de protection « à outrance » prévu par le législateur.

Au Québec comme au Canada anglais, le législateur doit donc essayer de trouver un équilibre entre ces deux extrêmes : l'absence de protection et la surprotection. Il doit prévoir l'égalité entre époux dans une société qui tarde à vivre cette égalité entre hommes et femmes.

Si les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiennent pas dans la façon dont elles sont traitées l'égalité. De là viennent les disputes et les contestations, quand des personnes sur le pied d'égalité n'obtiennent pas des parts égales, ou quand des personnes sur le pied d'inégalité, ont et obtiennent un traitement égal²⁷⁹.

276. *Family Law*, 3^e éd., London, Butterworths, 1966, p. 429.

277. P.B. MIGNAULT, article publié dans le *Devoir* du 4 octobre 1913 et reproduit par le directeur de la *Revue du Notariat*, avec réponse du doyen Walton, sous le titre « Droits du conjoint survivant », (1913-14) 16 *R. du N.* 129, p. 133.

278. Dans *Lévesque c. Faguy*, [1978] C.A. 376, p. 379.

279. ARISTOTE, *Ethnique de Nicomaque*, liv. 5, cité dans E. CAPARROS, *supra*, note 12, p. 7.

2.3. Le droit nouveau

Au Québec, c'est en 1966 que le Comité des régimes matrimoniaux de la Commission de réforme du Code Civil²⁸⁰ remettait son rapport. Il s'agissait alors de compléter l'égalité juridique des époux dont la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée* adoptée en 1964 avait énoncé le principe. Le Comité recommandait au législateur d'adopter, comme régime matrimonial légal, la société d'acquêts; ce qu'il fit en 1969 par la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*.

Dans les autres provinces canadiennes, c'est en 1972 que la Colombie-Britannique légiféra en vue de reconnaître l'incidence du mariage sur le patrimoine des personnes par l'exercice de la discrétion judiciaire. D'autres provinces ont commencé par suivre la même voie. Il apparaît aujourd'hui que ce type de législation se voulait une étape vers un système de partage différé de certains biens dits « familiaux ». En effet, les provinces anglaises ont, ces dernières années, suivi l'exemple de l'Ontario qui adoptait ce dernier système en mars 1978.

On peut prévoir que ces réformes vont bouleverser considérablement les coutumes de nos compatriotes qui n'ont pas, comme nous, l'habitude de faire un contrat de mariage. Ils devront en acquérir l'habitude sans quoi ils verront leur notion traditionnelle du droit de la propriété mise en échec par le mariage.

2.4. La liberté des conventions matrimoniales

Si nous n'avons pas abordé la question des « marriage settlements » en droit anglais, la raison en est justement l'absence de tradition populaire :

Marriage contracts are confined to a small minority, namely those marriages where the assets or business interests of the wife are of sufficient importance to merit a special contract...²⁸¹

280. Nom que portait alors l'organisme qui devait devenir l'Office de révision du Code civil, voir le *Rapport du Comité des Régimes matrimoniaux*, Montréal, Commission de réforme du Code civil, I, 1966.

281. W. FRIEDMANN « A Comparative Analysis in Matrimonial Property Law », in *Matrimonial Property Law*, *supra*, note 273, p. 433; voir cependant pour une étude du *Family Law Reform Act, 1978* de l'Ontario en rapport avec les « domestic contracts », D. MENDES DA COSTA, « Domestic Contracts in Ontario », (1978) 1 *Canadian Journal of Family Law* 232.

Au Québec, au contraire, le contrat de mariage fait presque partie du cérémonial du mariage. S'il est indéniablement le fait des gens de biens²⁸², il est aussi d'un emploi généralisé dans toutes les couches de la population²⁸³.

Cette liberté des conventions matrimoniales dont on use si largement au Québec, est très grande en ce qui concerne le contenu du contrat de mariage.

L'article 463 du nouveau *Code civil du Québec* énonce que « Il est permis de faire, par contrat de mariage, toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs ». L'ancien article correspondant²⁸⁴ était plus précis. On y pouvait alors faire certaines stipulations qui auraient été nulles dans tout autre acte entre vifs, telles « (...) la renonciation à une succession non ouverte, la donation de biens futurs, l'institution contractuelle et autres dispositions à cause de mort ». Cet article reprenait les dérogations permises ailleurs au Code civil; ce que ne fait pas le nouveau Code. C'est maintenant aux dispositions sur les donations entre vifs et testamentaires ainsi qu'aux Obligations que l'on doit chercher les dérogations permises. On constate alors que le *Code civil du Québec* modifie les articles 658 et 1061 C.C. en y supprimant l'exception par contrat de mariage²⁸⁵. On ne peut donc plus renoncer à une succession non ouverte ou stipuler relativement à telle succession.

Ces anciennes dérogations se justifiaient-elles encore? Nous ne le croyons pas. Elles étaient devenues anachroniques si on en considère le fondement :

La raison qui a fait établir ces renonciations a été pour conserver les biens dans la famille de celui à la succession de qui on fait renoncer les filles au profit des mâles, et soutenir, par ce moyen, la splendeur du nom²⁸⁶.

Elles ne sont pas permises en France où on a pensé que ces renonciations sollicitées par le futur « de cujus » seraient le plus souvent imposées et acceptées par suite de l'autorité qu'il exerçait²⁸⁷. Les autres dérogations

282. « This (...) is true of the professional and commercially well-to-do classes, where it is part of popular wisdom that a couple to be married should enter into a marriage contract », J.E.C. BRIERLEY, « Husband and Wife in the Law of Quebec : a 1970 Consensus », in *Studies in Canadian Family Law*, vol. 2, Mendes da Costa éd., Toronto, Butterworths 795, p. 822.

283. Ce n'est qu'à défaut d'avoir fixé eux-mêmes leurs conventions matrimoniales par contrat de mariage que les époux sont soumis au régime légal (Art. 464 C.C.Q.).

284. Art. 1257 C.C.

285. Articles 31 et 43.

286. M. BUGNET, *Œuvres de Pothier*, 2^e éd., t. 8, Paris, Cosse et Marchal, 1861, p. 30.

287. *Ibid.*

subsistent par ailleurs et l'on peut continuer à faire par contrat de mariage « la donation de biens futurs, l'institution contractuelle et autres dispositions à cause de mort », les articles pertinents n'ayant pas été abrogés²⁸⁸.

Cette liberté quant au contenu est cependant limitée par le formalisme qui entoure tant la conclusion du contrat originel que ses modifications²⁸⁹. Vu le peu d'intérêt que présentent ces limites pour les fins de comparaison avec le droit des provinces anglaises, nous n'en traitons pas. Nous en verrons d'autres, cependant, qui s'avèrent plus intéressantes sous ce rapport.

2.5. La situation des époux pendant le mariage

2.5.1. Le régime primaire

Nous avons vu la *common law* et l'*equity* développer au cours des ans un régime de protection de la femme mariée en vue de pallier l'inéquité de la séparation de biens. Le législateur québécois a, pour sa part et à l'instar de la voie suivie dans les autres pays de droit civil, prévu un ensemble de dispositions auxquelles les époux ne peuvent se soustraire par convention. Vu leur caractère impératif et considérant qu'elles font primer les intérêts de la famille sur ceux des individus, l'ensemble de ces dispositions forme ce que d'aucuns appellent un régime primaire²⁹⁰.

Nous notons dès l'abord dans ce régime le principe, maintenant clairement énoncé, à l'effet que les époux ont, en mariage, les mêmes droits et obligations²⁹¹. Conformément à ce principe, chacun doit contribuer aux charges du mariage en proportion de ses facultés²⁹². Le « rapatriement » de cette disposition des régimes matrimoniaux²⁹³ aux effets du mariage, vient limiter considérablement la liberté des conventions matrimoniales. Sous l'ancien Code, en effet, on avait l'habitude d'insérer aux contrats de mariage

288. Soit les articles 754 et s. C.C.

289. L'article 472 C.C.Q. prévoit que les contrats de mariage doivent être notariés et porter minute. Quant aux modifications pendant le mariage elles doivent revêtir la même forme que le contrat initial. On a cependant supprimé l'obligation de faire homologuer le contrat modifié. Les créanciers qui en subissent préjudice peuvent faire déclarer les modifications inopposables à leur égard en vertu de l'article 470 C.C.Q.

290. E. CAPARROS, *supra*, note 12, p. 143, par. 137.

291. Art. 441 C.C.Q. al. 1.

292. Art. 445 C.C.Q.

293. On la trouvait à l'article 1266q du *Code civil du Bas-Canada*.

une clause exonérant la future épouse de ces charges²⁹⁴. Ce genre de clause contrevient maintenant à l'ordre public et est nulle à ce titre²⁹⁵.

L'ancien mandat tacite, devenu légal²⁹⁶ est maintenant disparu. Avant sa codification, on pouvait comprendre la fiction juridique attribuant la qualité de mandataire à l'épouse dans les actes d'administration courante. Dans un contexte d'incapacité de la femme mariée, il fallait assurer le recours des créanciers qui contractaient généralement avec elle pour les dettes courantes. Mais avec son accession à la pleine capacité juridique en 1964, ce mandat avait perdu sa raison d'être. En son absence, la femme poursuivie pour dettes ménagères pouvait d'ailleurs toujours en exiger le paiement par son mari à qui incombait principalement l'obligation alimentaire. Cette obligation est maintenant réciproque et le Code rend les deux époux solidaires pour les dettes ménagères encourues pendant la vie commune²⁹⁷. À ces limites à la liberté s'ajoutent finalement celles qui ont trait à la résidence familiale. Ces dernières nous apparaissent d'autant plus importantes qu'elles soustraient aux règles du régime matrimonial les seuls biens que possèdent la plupart des ménages, soit la résidence familiale et son contenu.

2.5.2. La protection de la résidence familiale

Seul le régime matrimonial légal assurait autrefois quelque protection à la résidence familiale. Maintenant le nouveau *Code civil du Québec* étend à tous les régimes une protection axée sur la limitation du droit de disposer de la résidence et de son contenu.

2.5.2.1. Les meubles

Pour transporter hors de la résidence principale de la famille les meubles affectés à l'usage du ménage, un époux doit obtenir le consentement de son

294. « Le futur époux supportera seul et de ses seuls deniers toutes les charges du mariage, y compris l'entretien de la future épouse, (...) la future épouse ne pourra réclamer au futur époux ce qu'elle aura employé à ces fins »; voir à ce sujet P. CIOTOLA, « Les conventions matrimoniales au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux », (1976) *C.P. du N.* 157, p. 173; à noter que sous le code civil du Bas-Canada, si certains l'acceptaient, dont M^e BRIÈRE, [« Les charges du mariage »] (1967) 2 *R.J. Thémis*, 451], d'autres la considéraient nulle, entre autres E. CAPARROS [« La détermination conventionnelle de la contribution des époux aux besoins de la famille »] ([1976] 17 *C. de D.* 603.]

295. Art. 440 C.C.Q.

296. Art. 180 C.C.; voir au sujet de ce « mandat », M. LASSONDE, « Du mandat tacite au mandat légal de l'article 180 C.C. », (1965) 15 *Thémis* 56; M. OUELLETTE-LAUZON, « Le mandat domestique ou « du pouvoir des clefs », (1972-73) 75 *R. du N.* 91 et 154.

297. Art. 446 C.C.Q. al. 1, sous réserve de l'avis prévu à l'al. 2 de cet article.

conjoint. Il en va de même s'il veut en disposer de quelque façon que ce soit²⁹⁸. C'est la nullité qui sanctionne la violation de cette règle. Cependant, l'inopposabilité de cette sanction aux tiers de bonne foi risque d'en limiter considérablement la portée²⁹⁹. Il semble que le législateur n'ait pas voulu entraver la liberté du commerce des meubles d'occasion dont on connaît l'importance par les « petites annonces ». Le sort du meuble appartenant à autrui pourrait être source de litiges. On peut penser, par exemple, au meuble emprunté. Qu'un conjoint refuse de le rendre et le prêteur se voit dans l'obligation de recourir aux tribunaux pour récupérer son bien. On aurait dû préciser qu'il s'agit du meuble qui appartient à celui qui veut en disposer.

2.5.2.2. L'immeuble

L'époux locataire de la résidence principale de la famille a également besoin du consentement écrit de son conjoint pour disposer du bail. Il faut, cependant, avoir avisé le locateur du caractère de résidence familiale du logement. La nullité sanctionne l'acte fait en contravention de cette règle et qui n'a pas été ratifié³⁰⁰. Vu le défaut de préciser la forme de l'avis, on peut prévoir des difficultés de preuve pour les conjoints peu prévoyants. Il nous semblerait utile d'inclure dans les formulaires de bail, une déclaration automatique à biffer au besoin.

Les droits du conjoint d'un propriétaire sont différents selon que l'immeuble abritant la résidence familiale comporte cinq logements ou moins. Dans ce dernier cas, si une déclaration de résidence a été enregistrée contre l'immeuble, l'époux non consentant peut faire annuler l'acte de disposition³⁰¹. Si l'immeuble a plus de cinq logements et qu'une déclaration de résidence a été enregistrée, l'époux qui n'a pas consenti à son aliénation ou à la location de la partie réservée à l'usage de la famille peut demander, dans le premier cas, que l'acquéreur lui consente un bail des lieux déjà occupés et, dans le deuxième cas, la nullité de l'acte de location³⁰². Ces dispositions créent un droit qui s'apparente au droit d'habitation que l'on trouve dans les provinces de « common law »³⁰³. Ici, comme là-bas, le

298. Art. 449 C.C.Q.

299. Art. 450 C.C.Q. Entre eux, cependant, les deux époux auront un recours en dommages-intérêts selon les règles de la responsabilité civile pour toute contravention aux articles 449 à 462 C.C.Q.

300. Art. 451 C.C.Q.

301. Art. 452 al. 2 C.C.Q.

302. Art. 453 al. 2 C.C.Q.

303. *Supra*, par. 1.1.5.1.

tribunal peut se substituer au conjoint qui refuse pour des raisons incompatibles avec l'intérêt de la famille ou parce qu'il est dans l'impossibilité de donner son consentement ³⁰⁴.

L'obligation d'enregistrer une déclaration limite considérablement la protection de la résidence. On peut en effet penser que le marché de l'immeuble imposera sous peu non seulement la participation des deux époux à toute transaction mettant en cause la résidence, mais également la présence au contrat d'une clause suivant laquelle le conjoint du propriétaire consent à la libre disposition de l'immeuble par ce dernier. C'est d'ailleurs par un moyen similaire que les courtiers en immeubles (*conveyancers*) avaient réussi à neutraliser l'institution du *dower* avant son abolition dans la plupart des provinces de common law. La présomption de la loi ontarienne qui fait de tous les immeubles déjà utilisés comme tels autant de résidences familiales, nous paraît préférable. Dans cette province, on peut les soustraire à la présomption par l'enregistrement d'une déclaration contre un autre immeuble ³⁰⁵. On nous opposera que notre mode de publicité des droits réels s'accommoderait mal d'un tel système. À quoi on peut proposer, tout comme pour le bail, l'introduction dans tout contrat relatif à un immeuble résidentiel d'une clause, à biffer au besoin, indiquant qu'il s'agit d'une résidence familiale. Quant à la protection prévue au régime légal elle est également fort limitée et ne vaut qu'en autant que l'immeuble est un acquêt. L'époux propriétaire ne peut alors en disposer à titre gratuit sans le consentement de son conjoint ³⁰⁶.

2.5.2.3. La qualification des biens

Pendant le régime, la distinction entre propre et acquêt peut sembler d'un intérêt tout à fait théorique vu l'autonomie presque entière de chacun quant à l'administration des biens. Le pouvoir d'un époux n'est limité que par l'interdiction de donner ses acquêts entre vifs ³⁰⁷. Nous en traitons quand même dans le cadre de la durée du régime pour respecter la chronologie des événements.

Le *Code civil du Québec* prévoit que :

Les biens que chacun des époux possède au début du régime ou qu'il acquiert par la suite constituent des acquêts ou des propres selon les règles prévues ci-après ³⁰⁸.

304. Art. 456 C.C.Q.

305. *Supra*.

306. Art. 494 C.C.Q.

307. Art. 493 et 494 C.C.Q.

308. Art. 480 C.C.Q.

Il y a donc deux catégories de biens, des propres et des acquêts. Ces derniers constituent une catégorie résiduaire³⁰⁹. La faveur que le législateur exprime pour les acquêts est confirmée par une présomption générale que tout bien est présumé acquêt³¹⁰. La présence de ces deux notions simplifie d'ailleurs grandement le partage en permettant de qualifier d'acquêt une grande partie des biens. Quant aux biens dont la qualification est incertaine, le *Code civil du Québec* reprend la disposition que l'on trouvait au *Code civil du Bas-Canada* en omettant toutefois de qualifier le bien dans un article qui traite de droit de propriété :

Le bien qu'un époux ne peut prouver lui être exclusivement propre ou acquêt est présumé appartenir aux deux indivisément, à chacun pour moitié³¹¹.

Le « préjugé favorable » aux acquêts se manifeste également dans l'énumération des propres. Le Comité des régimes matrimoniaux de la « Commission de réforme du Code civil » avait tout d'abord accordé aux propres un caractère résiduaire³¹². Ce sont les critiques soulevées par ce projet qui l'amènèrent à proposer l'énumération limitative que l'on trouve aujourd'hui au *Code civil*³¹³. En général, on y qualifie les biens en fonction de leur origine³¹⁴. Sont exclus d'un partage éventuel les biens possédés avant le début du régime³¹⁵ ou encore en vertu d'un contrat de rente ou d'assurance de personne³¹⁶, ceux reçus par l'un des époux à titre gratuit pendant le mariage³¹⁷ ainsi que certains biens à caractère personnel³¹⁸. Cette dernière exclusion correspond à la protection accordée par l'*equity*, dans les juridictions de common law, aux biens personnels de la femme mariée.

Au Québec, on présume que les biens d'entreprise sont partageables, contrairement à ce qui se passe ailleurs au Canada. Dans la plupart des autres provinces³¹⁹, en effet, on partage, en principe, les biens utilisés par la famille³²⁰. Cependant, lorsque le tribunal juge qu'il y a lieu d'attribuer des

309. « Les acquêts de chaque époux comprennent tous les biens non déclarés propres par la loi (...) » : art. 481 C.C.Q.

310. Art. 491 C.C.Q.

311. Art. 492 C.C.Q.

312. Voir note 280 commentaires des articles 1266 à 1267, p. 32.

313. Art. 482 C.C.Q.

314. Art. 481 C.C.Q.

315. Art. 482 al. 1 C.C.Q.

316. Art. 482 al. 4 C.C.Q.

317. Art. 482 al. 2 C.C.Q.

318. Art. 482 al. 5 et 6 C.C.Q., 485 et 486 C.C.Q.

319. Voir cependant *supra*, notes 166-167.

320. Loi de l'Ontario, art. 3(b). L'Alberta fait exception à cette règle, voir *supra*.

parts inégales³²¹, il doit tenir compte de certains critères ayant trait à l'origine du bien³²².

Une autre similitude nous paraît être la possibilité que certains biens changent de qualification au cours du régime. Nous avons vu, chez nos compatriotes des autres provinces, certains biens devenir « familiaux », donc sujets à partage, suite à un changement d'utilisation. En droit québécois, certains biens peuvent également passer de propre à acquêt au cours du régime. Il en est ainsi, notamment, lors des opérations prévues aux articles 483, 484 et 487 C.C.Q. Ces opérations, dans le *Code civil du Bas-Canada* avaient suscité des controverses³²³. C'est pourquoi le législateur a cru bon de préciser qu'en établissant les proportions propre et acquêt on tenait compte de la valeur ou du coût du bien³²⁴. On a ainsi corrigé une anomalie de l'ancien Code. En effet, la masse créditrice assumait les risques de perte sans pouvoir profiter d'une plus-value éventuelle, vu le plafonnement des récompenses que nous verrons plus loin.

Les droits de propriété intellectuelle et industrielle sont des propres³²⁵. On ne précise cependant pas ce qu'il faut entendre par droit de propriété intellectuelle. S'agit-il simplement des droits moraux : droit de décider de la publication ou de la destruction de l'œuvre encore inconnue du public, droit d'en revendiquer la paternité, etc. ? Ces droits moraux sont opposés à toute valorisation pécuniaire et sont des biens propres³²⁶. Quant aux versements reçus à la suite d'un contrat d'édition, ils peuvent correspondre à un prix de vente et sont alors propres, ou bien ils correspondent à un pourcentage des ventes, versés périodiquement, et ils seraient acquêts³²⁷. Il faudra donc analyser le contenu du contrat pour qualifier les versements³²⁸.

321. *Supra*.

322. Art. 13.2 f) de la loi du Manitoba.

323. Il s'agissait notamment de déterminer la portée de l'ancien article 1266 f C.C. : « Est également propre le bien acquis en partie avec des propres et avec des acquêts... » en rapport avec les biens payés par versements successifs. Voir à ce sujet S. BINETTE, « La société d'acquêts ; de la dissolution et de la liquidation du régime », (1974) *C.P. du N.* 11, p. 50 ; J.G. BERGERON, « L'acquisition des biens avec des propres et des acquêts et la technique des récompenses sous le régime de la société d'acquêts », (1975) *35 R. du B.* 446, à la p. 450 et s. ; C. CHARRON « L'assurance-vie payable aux héritiers légaux ne fait pas partie des biens communs ou acquêts de l'assuré » (1973) *76 R. du N.* 507 ; L. PLAMONDON, « La société d'acquêts et l'assurance sur la vie », (1970-71) *73 R. du N.* 131, à la p. 143 ; E. GROFFIER, « La société d'acquêts en droit québécois », (1977) *Rev. int. de dr. comparé* 747.

324. Art. 483 et 484 C.C.Q.

325. Art. 490 C.C.Q.

326. E. GROFFIER, *supra*, note 322, pp. 754 et s.

327. « (...) tous les produits et revenus qui en proviennent et qui sont perçus ou échus au cours du régime », art. 490 C.C.Q.

328. E. CAPARROS, *Précis sur les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Québec, Univ. Laval, 1978, p. 131, n^o 88 ; E. GROFFIER, *supra*, note 323, p. 755.

Certaines opérations portant sur des valeurs mobilières prêtent à confusion lorsqu'il faut déterminer si un bien est de la nature d'un capital ou d'un revenu. Il en est ainsi, par exemple, de l'acquisition d'actions par suite d'une déclaration de dividendes ou, encore, lorsque des actionnaires, voulant conserver le contrôle d'une société, se réservent un droit de préemption sur les actions à émettre. Lorsque les actions originales sont des propres, ces nouvelles actions le sont également. Il en va de même des primes de rachat ou de remboursement anticipé de valeurs mobilières propres³²⁹. La disposition équivalente au Code du Bas-Canada avait été critiquée³³⁰. La nouvelle formulation nous apparaît beaucoup plus claire. Précisons que, vu leur caractère commercial, ces biens seraient exclus du partage dans plusieurs provinces de common law, soit l'Ontario, le Manitoba et la Colombie-Britannique³³¹.

2.6. La situation des époux à la dissolution

2.6.1. La résidence familiale

Avant de voir comment se fera le partage des biens que nous venons de qualifier, voyons ce qu'il advient de la résidence familiale dont l'attribution est réglée, avons-nous vu, aux effets du mariage.

Le cas du bail appartient plus au droit d'habitation qu'aux règles du partage. En cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation du mariage, il peut y avoir substitution judiciaire de locataire³³². Quant aux meubles, le tribunal peut en attribuer l'usage ou la propriété à l'un des époux³³³. Aucun critère n'est donné au juge pour le guider dans l'exercice de sa discrétion. Mais là où « fleurira » surtout l'arbitraire c'est sans doute dans l'attribution, à la dissolution du mariage, à titre de compensation pour un apport à l'enrichissement d'un conjoint, d'un droit de propriété ou d'habitation de l'immeuble servant de résidence familiale³³⁴. Nous verrons plus

329. Art. 488 C.C.Q.

330. E. GROFFIER, *supra*, note 323, p. 754.

331. *Supra*, par. 1.3.1.1.1.

332. Art. 457 C.C.Q.

333. Art. 458 C.C.Q.; lors de la dissolution par décès ou à cause de l'absence, un époux peut demander que l'on place dans son lot la résidence familiale et les meubles affectés à l'usage du ménage et qui font partie du patrimoine de son conjoint. Il peut aussi demander qu'on lui attribue tout autre bien de caractère familial faisant partie de la masse à partager (art. 515 C.C.Q.); voir aussi la Loi de l'Ontario art. 45(1)(c) qui permet au tribunal en cas de dissolution judiciaire d'attribuer l'usage des meubles au conjoint du propriétaire.

334. Art. 439, 459 et 559 C.C.Q., voir aussi l'article 735.1 C.C. qui oblige les héritiers et légataires à acquitter cette prestation. *Ces articles ne sont cependant pas en vigueur.*

loin la portée de ces dispositions à la lumière du droit comparé. Notons qu'en cas de séparation, le législateur, afin d'éviter de consacrer une situation qui pourrait n'être que temporaire, prévoit que seul un droit d'habitation peut être attribué à titre de compensation³³⁵.

2.6.2. Les règles du partage

À la dissolution du mariage le tribunal peut donc attribuer, en dehors des règles du régime matrimonial, la résidence familiale et les meubles du ménage. S'il reste encore quelque bien à partager, on ne fera pas, comme dans l'ancienne communauté légale, une masse de ces biens. Chacun possède plutôt deux masses, celle des propres et celle des acquêts³³⁶. Avant de voir au partage, il faut cependant procéder au remboursement des emprunts faits par une masse à l'autre au cours du régime. C'est l'opération « récompense » dont nous n'avons pas l'intention d'étudier tout le mécanisme. Ce système ne présente en effet guère d'intérêt au plan comparatif puisqu'il n'a pas d'équivalent dans les provinces de common law. Il nous apparaît cependant important de souligner un changement par rapport au *Code civil du Bas-Canada*.

Dans ce que l'on peut maintenant qualifier d'ancien droit, tout comme dans le nouveau droit, la récompense était établie en fonction de l'enrichissement d'une masse au détriment de l'autre, évalué au jour de la dissolution. Cette récompense était cependant plafonnée, ne pouvant excéder le montant de la dépense réellement effectuée³³⁷. Elle était donc égale au moindre de l'enrichissement ou de la dépense. La masse créditrice se trouvait ainsi privée, avons-nous vu, de sa participation à une plus-value tout en risquant d'assumer une dépréciation. En effet, comme l'expliquait M^e Jean-Guy Bergeron :

- Dans le cas d'un bien qui prend une plus-value, le moindre des deux montants, c'est le montant de la dépense effectuée.
- Dans le cas d'un bien qui se dévalue, le moindre des deux montants, c'est le montant de l'enrichissement³³⁸.

Cet auteur trouvait inéquitable la technique des récompenses prévue au *Code civil du Bas-Canada*. Il eut été plus juste, écrivait-il, de retenir comme unique principe de calcul « l'enrichissement au jour de la dissolution »³³⁹, solution qu'a finalement retenue le législateur³⁴⁰.

335. Art. 459 al. 2 et 533 C.C.Q. *non en vigueur*.

336. Art. 507 C.C.Q.

337. Art. 1267 al. 2, C.C. *in fine*.

338. J.G. BERGERON, *supra*, note 323, p. 469.

339. *Id.*, p. 470.

340. Art. 508 et 509 C.C.Q.

L'équilibre des masses ayant été rétabli, on procède s'il y a lieu au partage par moitié entre les époux³⁴¹. Nous spécifions « s'il y a lieu » vu que le partage est sujet à l'acceptation, par un époux, des acquêts de son conjoint³⁴².

On trouve dans certaines provinces de common law, tout comme au Québec, des présomptions qui facilitent le partage. Qu'elles visent la qualification³⁴³ ou le partage³⁴⁴, ces présomptions confirment la faveur du législateur pour l'aspect communautaire du mariage. Jointes au principe, généralement exprimé dans les textes, que les biens familiaux sont sujets à partage, ces présomptions témoignent d'un renversement d'attitude chez nos voisins. En effet, depuis l'introduction de la séparation de biens à tout le moins, on y a toujours nié l'incidence du mariage sur les biens des époux, si ce n'est dans des limites précises.

2.6.3. Le partage : un droit ou un privilège ?

Le droit québécois a suivi un cheminement contraire à celui des provinces de common law. En effet, traditionnellement, notre droit reconnaissait la participation d'un époux à l'enrichissement du ménage à l'intérieur du régime légal. Dans le régime populaire de la séparation de biens cependant, les règles du régime ne prévoyaient aucun partage. On tenta donc de pallier les injustices les plus flagrantes, parfois sur la base d'une société de fait. Par exemple, dans l'affaire *Comeau c. Cantin*³⁴⁵, l'épouse réclamait une compensation pour sa participation à l'appréciation d'un immeuble appartenant à son mari. Émule de madame Murdoch³⁴⁶, elle disait avoir travaillé « ... de 8 heures du matin à 6 heures du soir, sur le marteau, l'électricité (...) même à tasser le ciment pour les fondations du solage³⁴⁷. » Le tribunal lui adjugea la valeur de la moitié de l'immeuble en question. Dans l'affaire *Charlebois c. Sabourin*³⁴⁸ c'est une contribution importante en argent à

341. Art. 514 C.C.Q.

342. « Il a la faculté d'accepter le partage des acquêts de son conjoint ou d'y renoncer, nonobstant toute convention contraire », art. 499 C.C.Q. al. 2. Sur l'option des époux voir S. BINETTE, « La société d'acquêts ; de la dissolution et de la liquidation du régime », (1974) C.P. du N. 11, pp. 16 et s.

343. Art. 491 et 492, C.C.Q.

344. Loi de la Colombie-Britannique de 1978, art. 47; Loi de l'Alberta, art. 7; voir pour le Manitoba, le préambule de la loi où le législateur dit vouloir établir une présomption que certains biens sont sujets à partage par parts égales.

345. Cour supérieure de Québec, 3 novembre 1965, conf. par *Cantin c. Comeau*, [1972] C.A. 523.

346. *Murdoch v. Murdoch*, *supra*, note 129.

347. *Id.*, p. 526.

348. [1977] C.S. 349.

l'acquisition de deux immeubles qui incita le tribunal à juger que l'épouse devait être compensée.

Par contre, dans *Lebrun c. Rodier*³⁴⁹, le tribunal refusa toute compensation à l'épouse pour ses huit années de travail sur la ferme. Il en est de même pour celle qui, ayant remis argent et titres reçus de son père à son mari, en réclame le remboursement. Elle n'a fait, de l'avis du tribunal, que contribuer aux charges du mariage³⁵⁰. Les tribunaux se sont en général montrés exigeants quant à la preuve d'une société de fait³⁵¹, ce qui a souvent pour résultat que « le labeur des deux époux peut n'enrichir que l'un d'eux sans récompense proportionnelle pour l'autre »³⁵².

Ces litiges surgissent habituellement entre des époux mariés en séparation de biens, ce qui amène monsieur le juge Mayrand à parler de « réquisitoire valable contre la séparation de biens »³⁵³. Dans les provinces de common law nous avons vu que l'institution du « trust » et le jeu des présomptions pouvaient parfois corriger les injustices du régime, chose qui n'était pas possible dans notre droit. Dans le but de permettre au tribunal d'y parvenir, le nouveau *Code civil du Québec* prévoit une compensation à un époux pour son « apport à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint »³⁵⁴. On précise que le tribunal tiendra compte « notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage »³⁵⁵.

Ces dispositions visent à répondre, entre autres, aux demandes des femmes qui sont collaboratrices de leur mari. Ces épouses de petits entrepreneurs, fermiers, dépanneurs, agents d'assurance, etc., généralement mariées en séparation de biens, se voyaient habituellement, à la dissolution, refuser toute compensation pour leur participation à l'entreprise. Inspirées sans doute par l'affaire *Murdoch*³⁵⁶, elles ont fait pression auprès du législateur pour qu'on leur reconnaisse des droits, tout comme ailleurs au Canada. Elles ignoraient les différences de contexte juridique. Alors que Madame Murdoch devait établir son droit dans le « ranch » de son mari, au

349. [1978] C.A. 380.

350. *Riddell c. Love*, [1972] C.A. 621; voir aussi *Trudel c. Racine* [1977] C.A. 51.

351. *Lebrun c. Rodier*, *supra*, note 349; *Riddell c. Love*, *supra*, note 350; voir à ce sujet, A. POPOVICI, « La Cour d'appel et le règlement global des rapports pécuniaires entre ex-époux », (1976-77) 79 *R. du N.* 553.

352. *Lebrun c. Rodier*, *supra*, note 349, p. 381.

353. Dans *Lebrun c. Rodier*, [1978] C.A. 380, p. 381; voir aussi *Lévêque c. Faguy*, [1978] C.A. 376, p. 379.

354. Art. 459 C.C.Q. *non en vigueur*.

355. Art. 559 C.C.Q. auquel renvoient les articles 439 C.C.Q. en matière de nullité et 533 C.C.Q. en matière de séparation de corps. *Ces articles ne sont cependant pas en vigueur*.

356. *Supra*, note 129.

Québec ce droit découle du régime légal lorsque le bien est acquis pendant le mariage. Les femmes doivent donc d'abord apprendre à se servir des institutions existantes. Il ne nous apparaît pas en effet que le législateur doive assurer à qui le veut bien les « avantages » de la séparation de biens sans en subir les inconvénients.

Nous doutons de plus de la sagesse d'un tel emprunt au droit récent des provinces anglaises pour plusieurs raisons. Premièrement, nous le croyons difficilement compatible avec le régime légal en ce qu'il vise la même fin, soit la reconnaissance, par le partage, de la participation de chacun à l'augmentation du patrimoine familial. On y réfère également en partie aux mêmes biens, le patrimoine du conjoint comprenant ses acquêts. Si la réserve quant au régime matrimonial veut exclure les conjoints qui « bénéficient » du régime légal, il faudrait le dire. Sinon, il y a « chevauchement » et possibilité pour le tribunal de modifier le régime matrimonial. Deuxièmement, nous prévoyons qu'on invoquera l'activité au foyer pour réclamer une compensation en sus du régime matrimonial.

Il est intéressant, à cet égard, de comparer notre article 459 C.C.Q. avec l'article correspondant de la loi ontarienne et de voir la jurisprudence à laquelle ce dernier a donné lieu. L'article 8 qui prévoit une compensation se lit comme suit :

Where one spouse or former spouse has contributed work, money or money's worth in respect of the acquisition, management, maintenance, operation or improvement of property, other than family assets, in which the other has or had an interest, upon application, the court may by order,

- a) direct the payment of an amount in compensation therefor, or
- b) award a share of the interest of the other spouse or former spouse in the property appropriate to the contribution,

Il s'agit donc d'une participation en rapport avec un bien autre que familial alors qu'au Québec, on parle d'apport à l'enrichissement de l'ensemble du patrimoine. Le droit de l'Ontario apparaît nettement plus restrictif. On a quand même utilisé l'article 8 à des fins autres que prévues soit, par exemple, pour corriger une injustice plutôt qu'à titre de compensation³⁵⁷. Plus récemment cependant, la Cour suprême du Canada³⁵⁸ exigeait un lien direct entre un bien et la compensation réclamée. Il nous apparaît qu'il y aurait lieu de préciser la portée des dispositions relatives à la compensation. On devrait distinguer entre les rapports patrimoniaux découlant du mariage et ceux qui existent entre les personnes. À ce sujet, d'ailleurs, le législateur ontarien s'exprime ainsi à l'article 8 :

357. *Eisbrenner v. Eisbrenner*, *supra*.

358. *Pettkus v. Becker*, (1981) 9 R.F.L. (2d) p. 171.

and the court shall determine and assess the contribution without regard to the relationship of husband and wife or the fact that the acts constituting the contribution are those of a reasonable spouse of that sex in the circumstances.

La discrétion accordée au tribunal nous apparaît également contestable. Tout d'abord, il faut se rappeler que dans les juridictions de common law on accepte généralement que les juges fassent parfois la loi (*judge-made law*), ce qui n'est pas le cas dans les pays de droit civil où le juge n'a pas à se substituer au législateur³⁵⁹ :

... la (loi) crée les droits, et le tribunal les constate. Cette constatation se fait par l'application aux faits d'une norme objective, indépendante du tribunal lui-même et à laquelle celui-ci ne peut rien changer : la loi. Le pouvoir de décider autrement n'est point le pouvoir judiciaire³⁶⁰.

Ensuite, la discrétion judiciaire affaiblit la notion traditionnelle du droit au partage en instaurant un élément de privilège dont nous doutons qu'il réponde aux attentes des groupes qui ont réclamé la mesure. N'eût-il pas été préférable de mieux publiciser le régime légal de la société d'acquêts ? Il nous apparaît, en effet, que ce régime prévient une grande partie des injustices que le législateur veut maintenant corriger à l'intérieur du régime primaire. On répète, nous semble-t-il, les erreurs du passé alors qu'on s'est résigné au manque de popularité du régime de la communauté de biens jusqu'au jour où il a fallu en changer.

Conclusion

Le Comité des régimes matrimoniaux de l'Office de révision du Code civil remarqua en effet en 1966 la désaffection des Québécois pour le régime légal, alors en vigueur, de la communauté de meubles et acquêts. À l'époque, 70% des couples faisaient un contrat de mariage dans lequel ils choisissaient le régime de la séparation de biens. Le Comité estima alors qu'il était inadmissible que le régime de droit commun n'existe que pour le petit nombre de ceux qui, par ignorance, erreur ou imprudence, ne l'auraient pas répudié. En bonne politique législative, disait-on, le régime légal devait non seulement traduire un certain idéal, mais aussi convenir à la majorité. Dans ce but, on adoptait en 1969 le régime légal de la société d'acquêts³⁶¹

Qu'en est-il après une décennie de ce régime légal ? Les statistiques indiquent que le régime conventionnel de la séparation de biens était en perte

359. Sous réserve de l'article 11 C.C.

360. M. le juge Pratte dans *Giroux c. Maheux*, [1947] B.R. 163, p. 168.

361. *Rapport du Comité des régimes matrimoniaux*, Montréal, Commission de réforme du Code civil, 1966, p. 3 ; voir aussi R. COMTOIS, « Pourquoi la société d'acquêts ? », (1967) 27 *R. du B.* 602.

de vitesse depuis 1970. Entre 1974 et 1978, on comptait encore cependant 55% des couples qui adoptaient ce régime. Les autres choisissaient ou acceptaient le régime légal de la société d'acquêts³⁶². Cette situation est-elle normale? En France, la plupart des ménages sont régis par le régime légal³⁶³, tout comme en République fédérale d'Allemagne d'ailleurs³⁶⁴. À quoi ce manque de popularité est-il dû? Une enquête auprès des « consommateurs » commanditée par le ministère de la Justice en 1979 n'est guère révélatrice³⁶⁵. À la question de savoir pourquoi on a choisi tel régime matrimonial, on répond que c'est pour se protéger en cas de séparation, divorce ou décès, dans à peu près les mêmes proportions, quel que soit le régime adopté. En France, la Commission de réforme du Code civil a aussi fait une enquête auprès du public. On a constaté que les personnes interrogées qui avaient favorisé soit la communauté réduite aux acquêts, soit la séparation de biens ne connaissaient pas le contenu de ces différents régimes³⁶⁶. On ne saurait en être surpris si l'on songe que le droit des régimes matrimoniaux est l'une des branches du droit les plus difficiles à comprendre d'après Me Marceau³⁶⁷. Comment se surprendre alors que des profanes ne se retrouvent pas là où des juristes hésitent à s'aventurer?

On a parfois reproché à la société d'acquêts sa complexité, particulièrement lors de la dissolution³⁶⁸ par divorce ou séparation, le régime n'ayant pas été prévu pour ces éventualités fort courantes aujourd'hui. S'il est vrai qu'un régime matrimonial vise à régler les rapports pécuniaires des époux pendant le mariage, on ne saurait en toute logique adopter un régime matrimonial en vue de faciliter sa liquidation. Adopter un régime légal à pareille fin équivaut à trouver que le régime est parfait du moment qu'il ne doit pas devenir un régime matrimonial³⁶⁹.

362. Étude non publiée de Michèle RIVET commanditée par le ministère de la Justice du Québec en 1978, à la p. 11; la communauté de biens est choisie par trop peu de couples pour avoir une signification au niveau des statistiques.

363. En 1962, 18% des Français adoptaient devant un notaire un régime conventionnel; ils n'étaient plus que 11% à le faire en 1972.

364. Dans 5% des mariages seulement, le régime légal est remplacé par un régime conventionnel: voir Rapport du Comité des régimes matrimoniaux, *supra*, note 361, p. 74.

365. J.P. NADEAU, « Étude sur les motivations et les satisfactions de couples mariés après 1970 relativement à leur régime matrimonial », déc. 1979, non publiée.

366. R. COMTOIS, *supra*, note 361, p. 606.

367. Dans une communication à la Commission de l'administration de la Justice, voir les Débats, 13 août 1969, p. 2991 et s.

368. Le Conseil général du Barreau du Québec, à son assemblée tenue à Arvida les 27, 28 et 29 octobre 1966 se prononçait contre la société d'acquêts parce qu'il la trouvait trop complexe et dans son principe et dans son fonctionnement, rapporté dans R. COMTOIS, *supra*, note 361, p. 606, critique reprise en commission parlementaire en mars 1978, par le même organisme.

369. R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, 2^e éd., Paris, 1963, p. 117.

N'est-il pas vrai d'ailleurs que, de même que le comptable qui prépare une déclaration de revenus n'a pas à recourir à toutes les dispositions des lois fédérale et provinciale de l'impôt, la liquidation d'une société d'acquêts n'exige pas, dans tous les cas, l'application de toutes les règles du régime? En règle générale, la dissolution est facilitée par le fait que les seuls biens des époux sont des acquêts³⁷⁰. Le régime de la société d'acquêts est donc facile à liquider pour la majorité des ménages. N'est-ce pas justement pour eux qu'on doit légiférer? Les rares époux qui ont de la fortune personnelle peuvent toujours opter pour un régime de séparation de biens, tout comme les commerçants à qui ce régime convient mieux.

Il nous semble donc qu'il faut populariser le fait que la société d'acquêts reconnaît l'égalité juridique des époux dans leurs rapports patrimoniaux. Nous avons vu les juridictions de common law utiliser, avec un succès limité, différentes techniques juridiques pour atteindre cet objectif. Devant l'impossibilité d'y arriver avec les institutions traditionnelles, elles ont finalement adopté, par voie législative, des solutions dont nous avons constaté qu'elles s'apparentent à notre société d'acquêts.

Conclusion générale

Nous avons vu, tout au long de cette étude, se développer le droit des rapports patrimoniaux entre époux au Canada. Au début, à partir de deux concepts différents, tant la femme québécoise que sa sœur des juridictions de common law se place, du seul fait du mariage, sous la complète dépendance du mari. On dit de l'une qu'elle est « sous puissance du mari » et de l'autre qu'elle et son mari ne font qu'un, « that one being the husband ». Si la common law « écrase la femme plus qu'aucun autre droit de l'Occident »³⁷¹ le *Code civil* la protège « à outrance ».

Les tribunaux d'équité ont préparé, en Angleterre, l'émancipation de la femme mariée. Les *Married Women's Property Acts* l'ont complétée dans les provinces canadiennes anglaises en y introduisant le système de la séparation de biens. Cette accession de la femme mariée à l'égalité juridique est un principe de droit qui ne correspondait cependant pas à sa situation sociale. Le rôle qui lui était dévolu ne lui permettant pas d'acquérir des biens, elle se trouvait fort dépourvue lorsque son mariage était dissous par le tribunal. L'application stricte du droit des biens se révéla alors source d'injustice. Les tribunaux développèrent donc un droit des biens propre aux conflits

370. P.A. CREPEAU, *Les principes fondamentaux de la réforme des régimes matrimoniaux*, dans *Lois nouvelles II*, Montréal, P.U.M. 1970, pp. 9-18.

371. E. CAPARROS, *supra*, note 12, p. 21.

conjugaux. C'est ainsi que dans les juridictions de common law se dessina un droit patrimonial propre à la famille. C'est ce droit jurisprudentiel que le législateur est venu consacrer au cours de la dernière décade. Il reconnaît désormais que les activités des époux, quelle que soit leur nature, sont équivalentes. En conséquence, les bénéfices réalisés pendant l'existence effective du mariage doivent être considérés comme le résultat des efforts communs des deux époux.

Au Québec, le droit des régimes matrimoniaux a fait la démarche inverse. Le régime légal de communauté, hérité de la Coutume de Paris, reconnaissait la participation, différente mais effective, des époux à la constitution d'un patrimoine familial. À la liquidation du régime, chacun avait droit à une part égale de ce patrimoine. Faute cependant d'avoir su réserver à la femme mariée suffisamment d'autonomie à l'intérieur du régime légal, on lui substitua de plus en plus dans le vécu, le régime conventionnel de la séparation de biens. La femme mariée québécoise se trouva alors dans une situation semblable à celle des provinces de « common law », sinon pire. Le législateur avait en effet prévu dans ces provinces une certaine protection lorsqu'elle était abandonnée ou déshéritée par son mari, protection que le droit du Québec n'organisait qu'à l'intérieur de la communauté de meubles et acquêts.

Devant la désaffection d'un nombre grandissant de ménages pour le régime légal, le législateur québécois chercha à respecter le désir d'autonomie des femmes mariées tout en leur assurant une juste part des biens du ménage. Il adopta en conséquence, en 1969, un régime légal qui semblait rencontrer ces deux objectifs. Séparatiste pendant le régime, c'est à la dissolution seulement qu'il est communautaire. Et pourtant, un nombre important de couples continuent à opter pour le régime conventionnel de la séparation de biens.

L'instauration récente d'un véritable régime primaire est la réponse « servie à la moderne » à ce problème fort ancien que Mignault dénonçait en son temps en reprochant à la femme québécoise d'écarter « de propos délibéré la protection dont la loi l'entoure ». La « loi de Québec » veille maintenant sur les intérêts matrimoniaux des hommes et des femmes qui se marient, protection qu'ils ne peuvent désormais écarter.

Une constatation se dégage cependant de notre étude, les deux systèmes, la common law et le droit québécois, n'ont fait, l'un comme l'autre, que reconnaître la communauté de fait qui existe entre époux. Confrontés aux mêmes problèmes, soit l'adaptation du droit à l'émancipation de la femme mariée, ils ont trouvé des solutions similaires. L'un en devenant plus communautaire, l'autre plus séparatiste.