

PROVINCIAL ASPECTS

ASPECTS PROVINCIAUX

La Réforme du Droit familial et la condition de la femme au Canada

E. Groffier*

A l'occasion de la parution de la première partie du *Rapport sur la Famille* de l'Office de révision du Code civil du Québec,¹ il faut nous demander si la réforme du droit familial, entreprise au Québec et un peu partout au Canada, tient suffisamment compte de l'évolution de la condition féminine.

Celle-ci a fait l'objet d'une étude approfondie de 1967 à 1970, par la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme² dont les recommandations³ exercent une influence certaine sur la révision du droit familial au Québec, en Ontario,⁴ dans d'autres provinces⁵ et au niveau de la législation fédérale.⁶

* Professeur associé, faculté de droit, McGill University.

¹ Office de révision du Code civil, *Rapport sur la famille*, Partie I, XXVI (1974) (ci-après référé comme O.R.C.C., *Rapport sur la famille*).

² *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, Ottawa, Information Canada (1970) (ci-après référé comme *Rapport de la Commission royale*). La Commission a fait effectuer une étude spéciale sur le droit familial: B. Gaudet, *Etude sur certains aspects du droit familial au Canada*, Etudes préparées pour la Commission royale, no.11, Ottawa, Information Canada (1971).

³ *Rapport de la Commission royale, ibid.*, 461 et seq.

⁴ Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law*, Part I, Torts; Part II, Marriage; Part III, Children; Part IV, Family Property Law; Part V, Family Courts; Part VI, Support Obligations, 1970-1975 (ci-après référé comme Ontario Commission, *Report on Family Law*); voir aussi, Report of an interministerial committee appointed by the provincial Secretary for Social Development, *Equal Opportunity for Women in Ontario, a Plan for Action* (1973); Women's Bureau, Ministry of Labour, *Law and the Woman in Ontario* (1973).

⁵ Voir Newfoundland Family Law Study, *Family Law in Newfoundland*, St. John's (1973); en Alberta, une loi récente met la femme et l'homme, le mari et l'épouse, le veuf et la veuve sur le même pied dans toute une série de lois: *The Attorney General Statutes Amendment Act*, S.A. 1973, c.61; voir également: *Status of Women in Alberta*, an Interim Report on the Status of Women in Alberta made by the Citizens' Advisory Board to the Honorable Miss W. Helen Hunley, Edmonton (1972); au Saskatchewan: *Report of the Citizens' Commission for the Reform of Family Law*, March 1973, polycopié.

⁶ Commission de la Réforme du droit du Canada, *Troisième Rapport annuel 1973-74*, Ottawa (1974), 4 et 14, et *Etude du droit de la famille*, Bulletin d'information préparé par la Section de recherche sur le droit de la famille (1972).

Bien que la présente étude soit limitée à ce domaine, nous sommes évidemment conscients du fait que l'égalité au sein de la famille est de peu de portée pratique si la situation économique des femmes n'est pas également améliorée,⁷ ce qui implique l'élévation de leur niveau d'instruction,⁸ la réforme du droit du travail et de la législation sociale, tout comme une oeuvre incessante d'éducation.

Nous nous proposons de décrire la situation juridique de la femme dans la famille en effectuant, autant que faire se peut, une comparaison entre la femme québécoise et la femme canadienne-anglaise. Notre intention n'est pas cependant de faire un relevé exhaustif des lois des provinces de langue anglaise car la multiplicité des divergences de détails entraînerait des développements inutilement longs. Nous nous contenterons donc de signaler les tendances générales en nous fondant principalement sur la législation ontarienne et les travaux de la Commission de réforme de cette province. Nous nous attacherons uniquement à la situation actuelle, l'historique de l'évolution de la situation de la femme ayant déjà été fait.⁹

Nous traiterons plus spécifiquement des sujets suivants: les conditions requises pour contracter mariage, les effets du mariage, le divorce et la séparation de corps et l'autorité parentale.

Certains des effets du mariage au Québec, qui sont abordés dans l'article de Mme Frances Schanfield Freedman dans cette édition spéciale du McGill Law Journal seront simplement mentionnés et

⁷ La situation de la femme dans le monde du travail revêt donc une importance capitale. Pour un relevé des lois fédérales et provinciales à cet égard, voir: Bureau de la main d'oeuvre féminine, *La législation touchant la femme en emploi*, Ottawa (1973) et *Les femmes dans la population active, faits et données* (1974). Le *Rapport de la Commission royale*, *supra*, note 2, 445 *et seq.*, contient de nombreuses recommandations dans ce domaine. Depuis sa parution, certains progrès ont été enregistrés. Ainsi, par exemple, the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c.318 a été amendé en 1972 pour introduire la prohibition de toute discrimination fondée sur le sexe ou l'état matrimonial en ce qui concerne le recrutement, l'apprentissage, la formation professionnelle, les conditions d'emploi, la participation dans les syndicats, *etc.*, S.O. 1972, c.119. Le salaire minimum en Nouvelle Ecosse qui comportait une différence suivant les sexes a été unifié, le 1er juin 1972: *Labour Standards Code of Nova Scotia*, S.N.S. 1972, c.10, s.48 *et seq.* et s.55.

⁸ Voir les remarques de Luce Dionne-Bourassa, *La femme mariée, évolution récente de sa condition en droit et en fait au Canada*, Travaux du 9^{ème} colloque international de droit comparé, 7-9 septembre 1971 (1972), 274; voir également les recommandations du *Rapport de la Commission royale* en ce qui concerne l'éducation, *supra*, note 2, 455; J.K. Bankier, *Women and the Law School: Problems and Potential* (1974) 22 Chitty L.J. 171 *et seq.*

⁹ Par exemple, A. Morel, *La libération de la femme au Canada, deux itinéraires* (1970) 5 R.J.T. 399.

les régimes matrimoniaux, qui font l'objet de l'article du Professeur Peter Jacobson, ne seront pas traités.^{9a}

Nous n'entrerons pas davantage dans la controverse relative aux compétences respectives du pouvoir fédéral et des pouvoirs provinciaux en matière de droit familial.

Il suffit de noter qu'en principe le mariage et le divorce ont été attribués à l'autorité centrale par l'article 91(26) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*¹⁰ et la célébration du mariage, la propriété et les droits civils aux autorités provinciales selon l'article 92(12) et (13). D'autre part, il existe des zones de compétence mal définies comprenant des matières comme la séparation de corps, l'âge minimum et le consentement des parents pour contracter mariage.¹¹

Certaines matières telles que la garde des enfants et la pension alimentaire posent un problème de compétence législative particulier suivant qu'elles sont envisagées de façon autonome ou comme mesures accessoires d'une requête en divorce.¹²

Finalement, certaines mesures comme le consentement des parents au mariage de leur enfant peuvent faire l'objet d'une qualification différente au Québec et dans les provinces de Common Law. Au Québec, ce consentement fait partie de la capacité à se marier,¹³ tandis que dans les provinces de Common Law, il est considéré comme un élément des formalités de la célébration du mariage.¹⁴

^{9a} Nous n'avons pas davantage abordé les limitations aux pouvoirs des époux qui peuvent résulter du régime matrimonial qu'ils ont choisi; pour un exemple de l'évolution de la capacité de la femme mariée et d'une telle limitation, voir F. Héleine, *Le droit au travail de la femme mariée ou l'histoire d'une accession à l'indépendance* (1973) 4 R.Gen.de D. 154.

¹⁰ 30-31 Vict., c.3 (U.K.) (voir S.R.C. 1970, Appendice III).

¹¹ G. Beaudoin, *De la répartition des compétences législatives au Canada en matière de mariage et de divorce* (1973) 4 R.Gen.de D. 66; pour l'âge minimum requis pour contracter mariage, voir Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada, "The Capacity to Marry: The Minimum Ages", Report, Proceedings, 1972, 120; pour le consentement des parents au mariage voir *A.G. for Alberta and Neilson v. Underwood* [1934] S.C.R. 635.

¹² Voir les références citées dans O.R.C.C., *Rapport sur la famille, supra*, note 1, 7, notes 2 et 3.

¹³ J.G. Castel, *Propos sur la structure des règles de "rattachement" en droit international privé québécois* (1961) 21 R.du B., 181 à la p. 192; voir également *Agnew v. Gober* (1910) 38 C.S. 313; mais *contra*, *Redshaw v. Redshaw* [1942] C.S. 109.

¹⁴ H.R. Hahlo, "Nullity of Marriage" in D. Mendes da Costa (ed.), *Studies in Canadian Family Law* (1972), vol.2, 665.

1. Les conditions requises pour contracter mariage

Deux conditions nécessaires pour contracter mariage affectent plus spécialement la femme: l'âge minimum exigé pour pouvoir se marier et le consentement des parents.

a) *L'âge minimum*

La Commission royale d'enquête sur la situation de la femme propose de fixer à dix-huit ans l'âge minimum pour contracter mariage.¹⁵ Cette recommandation s'appuie sur des études qui ont montré la proportion élevée d'échecs des mariages trop précoces.¹⁶ De plus, lorsque des âges différents existent pour le garçon et la jeune fille, cette dernière est autorisée à se marier plus jeune, au détriment évidemment de ses études.

Ainsi, au Québec, aux termes de l'article 115 du Code civil, l'âge minimum pour contracter mariage est de douze ans pour la fille et de quatorze ans pour le garçon. C'est l'âge le plus bas pour la femme de toutes les provinces du Canada qui prescrivent un âge minimum. C'était également l'âge en vigueur dans la Common Law et le droit canonique¹⁷ avant que des lois aient fixé un âge plus élevé, qui est le plus souvent quinze ou seize ans,¹⁸ quatorze ans en Ontario.¹⁹ Néanmoins, la loi de certaines provinces de Common Law stipule, en outre, que le mariage pourra être contracté, même si l'une des parties n'a pas atteint l'âge prescrit, au cas où la fille est enceinte.²⁰ Cette exception soulève d'ailleurs les plus vives critiques.²¹ Dans d'autres provinces, il est prévu que le juge peut autoriser les parties à se marier même si l'une d'entre elles n'a pas atteint l'âge requis s'il estime que c'est dans leur intérêt.²² Il semble néanmoins

¹⁵ *Rapport de la Commission royale, supra*, note 2, 461, recommandation 102.

¹⁶ Voir O.R.C.C., *Rapport sur la famille, supra*, note 1, 68; voir également, Commission des services juridiques, *Deuxième Rapport annuel* (1974), 71.

¹⁷ Voir H.R. Hahlo, *supra*, note 14, 664; Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law, Part II, supra*, note 4, 36; voir également *Hohson v. Gray* (1958) 13 D.L.R. (2d) 404 (Alta S.C.).

¹⁸ En Angleterre, ce n'est qu'en 1929 qu'un âge minimum a été fixé à 16 ans; *Age of Marriage Act, 1929*, 19-20 Geo.5, c.36, s.1.

¹⁹ *Marriage Act, R.S.O. 1970*, c.261, s.8.

²⁰ Par exemple, en Alberta, *Marriage Act, R.S.A. 1970*, c.226, s.16-2; au Saskatchewan, *Marriage Act, R.S.S. 1965*, c.338, s.31; en Ontario, *Marriage Act, ibid.*, s.8; à Terre-Neuve, *Solemnization of Marriage Act, R.S.N. 1970*, no.355, s.5.

²¹ B. Gaudet, *supra*, note 2, 58.

²² En Colombie britannique, *Marriage Act, R.S.B.C. 1960*, c.232, s.30(2); en Nouvelle Ecosse, *Solemnization of Marriage Act, R.S.N.S. 1967*, c.287, s.18 mod. par S.N.S. 1969, c.74.

que le souci d'éviter à tout prix qu'un enfant naisse illégitime tend à perdre de son importance aux yeux des législateurs et des juges,²³ qui commencent à se préoccuper du degré de préparation au mariage. Comme l'exprime si bien l'Etude de droit familial de Terre-Neuve, "it is not enough to allege love or pregnancy".²⁴

Le Rapport de l'Office de revision du Code civil du Québec propose d'élever l'âge minimum pour contracter mariage à dix-huit ans avec une possibilité de dispense du tribunal lorsque les futurs époux ont atteint l'âge de seize ans. Aucun mariage ne serait possible en dessous de cet âge.²⁵

La Commission de réforme de l'Ontario a recommandé que l'âge minimum soit fixé à dix-huit ans pour les hommes et seize ans pour les femmes.²⁶ La possibilité de légitimer les enfants nés des jeunes femmes âgées de seize à dix-huit ans et la tendance qu'ont les hommes d'épouser des femmes plus jeunes qu'eux, justifient cette différence.²⁷

Il faut espérer toutefois qu'elle sera éliminée partout où elle existe car elle peut avoir une influence néfaste sur le niveau de scolarité des femmes.

La Conférence des commissaires pour l'uniformité de la législation au Canada désirerait que l'âge minimum pour contracter mariage soit porté à seize ans pour les deux conjoints.²⁸

Lorsque l'enfant a atteint l'âge requis pour se marier mais non encore l'âge de la majorité, il a besoin du consentement familial.²⁹

²³ La disposition de la loi manitobaine permettant le mariage en cas de grossesse, *Marriage Act*, R.S.M. 1970, c.M-50, s.23, a été abrogée par S.M. 1970, c.11. Voir également, le rejet d'une requête de dispense de consentement du père en cas de grossesse, *Bennett and Bagnell v. Bennett* (1974) 14 R.F.L. 248 (N.S. Cty Ct).

²⁴ Newfoundland Family Law Study, *supra*, note 5, 33.

²⁵ O.R.C.C. *Rapport sur la famille*, *supra*, note 1, 66, art.9.

²⁶ Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part II, *supra*, note 4, 53. La même recommandation a été faite à Terre-Neuve, voir Newfoundland Family Law Study, *supra*, note 5, 22.

²⁷ Ontario Commission, *ibid.*, 44.

²⁸ Voir Conference of the Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada, "Minimum Age for Marriage", Report, Proceedings 1970, 319; 1971, 164; 1972, 99; 1973, 27; 1974, 211; Minutes, Proceedings 1970, 40; 1971, 77; 1972, 30; 1974, 34.

²⁹ L'âge minimum pour contracter librement mariage sans avoir besoin de consentement familial est en général 18 ans sauf dans quelques provinces où il est de 19 ans, par exemple, en Colombie britannique: *Marriage Act*, R.S.B.C. 1960, c.232, ss.29 et 30 mod. par S.B.C. 1971, c.32; *Age of Majority Act*, S.B.C. 1970, c.2, s.2; en Nouvelle Ecosse: *Solemnization of Marriage Act*, R.S.N.S. 1967,

b) *Le consentement des parents*

Dans certaines provinces, seul le consentement du père suffit.³⁰ C'est le cas présentement en Ontario; toutefois la Commission de réforme a recommandé que le consentement des deux parents soit désormais exigé pour le mariage de la jeune fille entre seize et dix-huit ans, le jeune homme ne pouvant se marier, suivant les mêmes recommandations, avant d'avoir atteint dix-huit ans.³¹ Ce double consentement ne serait pas exigé lorsqu'un des parents serait dans l'incapacité de consentir ou que la garde de la jeune fille serait confiée à l'un des parents à l'exclusion de l'autre, suite à un divorce, par exemple.

Dans d'autres provinces le consentement des deux parents est présentement exigé.³² Au Québec le législateur a amendé, en 1969, l'article 119 du Code civil qui exigeait le consentement des deux parents mais faisait primer celui du père en cas de dissentiment.³³ La solution québécoise actuelle est que le consentement d'un seul parent suffit.

Une fois le mariage contracté, il produit un certain nombre d'effets et l'égalité des époux n'est pas toujours respectée dans ce domaine.

2. Les effets du mariage

Nous traiterons plus particulièrement de l'acquisition par la femme mariée du nom et du domicile de son mari, de l'obligation alimentaire entre époux et du mandat domestique de la femme mariée.

c.287, ss.14, 17 et 18 mod. par S.N.S. 1973, c.60; *Age of Majority Act*, S.N.S. 1970-71, c.10, s.3(1); à Terre-Neuve: *Solemnization of Marriage Act*, R.N.S. 1970, c.355, s.4; *The Minors (Attainment of Majority) Act*, S.N. 1971, no.71, s.46.

³⁰ En Ontario: *Marriage Act*, *supra*, note 20, ss.7(1) et (2); au Nouveau Brunswick: *Marriage Act*, R.S.N.S. 1952, c.139, s.17(1); en Nouvelle Ecosse: *Marriage Act*, *supra*, note 29, s.17.

³¹ Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part II, *supra*, note 4, 53.

³² Voir, par exemple, en Alberta: *Marriage Act*, R.S.A. 1970, c.226, s.18 mod. par *Age of Majority Act*, S.A. 1971, c.1; au Saskatchewan, *Marriage Act*, R.S.S. 1965, c.338, s.38 mod. par S.S. 1966, c.36, s.4 mod. par *Age of Majority Act*, S.S. 1972, c.1.

³³ *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1969, c.74, art.1. L'art.119 C.C. a été à nouveau modifié lors de l'abaissement de l'âge de la majorité à 18 ans: L.Q. 1971, c.85, art.1. Voir pour une application de l'art.119, *Desbiens v. Attia and Nicole Desbiens* [1973] C.S. 597; P. Ciotola, *Mariage — Minorité — Consentement d'un Parent* (1974) 76 R.du N. 299.

a) *Le nom de la femme mariée*

La loi n'oblige généralement pas la femme mariée à prendre le nom de son mari. Au Québec il semblerait même, à la lecture de l'article 56a du Code civil, que la femme devrait garder le nom figurant sur son acte de naissance. D'autre part, la femme québécoise adopte généralement le nom de son époux. C'est une tradition séculaire³⁴ qui est indirectement ratifiée par des directives gouvernementales comme celles régissant l'obtention des passeports.³⁵ L'usage est à ce point établi qu'un auteur a écrit que «l'adoption par les femmes du nom patronymique de leur mari est une coutume si ancienne et si répandue que le législateur se doit de l'abroger expressément si telle est sa volonté».³⁶ La jurisprudence a d'ailleurs consacré l'usage.³⁷

Si la législation des provinces de Common Law n'oblige pas non plus la femme à prendre le nom de son mari, certaines lois lui interdisent de le changer une fois qu'elle l'a acquis.³⁸ Au Manitoba et en Ontario, une loi au même effet a été modifiée en 1971 et permet à chacun des conjoints de demander le changement du nom de famille avec le consentement de l'autre.³⁹ Cette solution est encore loin d'être idéale et ne permet pas à l'épouse de reprendre unilatéralement son nom de jeune fille.^{39a} Il est probable que l'Office de révision du Code civil du Québec proposera que chaque époux garde son nom, tout en ayant la possibilité d'y adjoindre le nom de son conjoint.⁴⁰ Outre le nom de son mari, la femme acquiert également le domicile de celui-ci et il ne s'agit plus d'un usage mais d'un principe de droit largement répandu.

³⁴ J. Pineau, *La Famille*, Montréal P.U.M. (1972), no.192, à la p.175.

³⁵ Voir les remarques et les recommandations du *Rapport de la Commission royale*, supra, note 2, 266 et recommandations 103 et 104, à la p.461.

³⁶ J. Beetz, *Attribution et changement du nom patronymique* (1956) 16 R.du B. 56.

³⁷ *Harris v. Bosworthick et Ville de Pincourt* [1966] C.S. 482.

³⁸ Voir, par exemple, en Colombie britannique: *Change of Name Act*, R.S.B.C. 1960, c.50, s.4(3) mod. par S.B.C. 1972, c.11, s.2; en Nouvelle Ecosse: *Change of Name Act*, R.S.N.S. 1967, c.30, s.2(3).

³⁹ Au Manitoba: *Change of Name Act*, S.M. 1971, c.69, s.2(2) et (8); en Ontario: *Change of Name Act*, R.S.O. 1970, c.60, s.4 mod. par S.O. 1972, c.44, s.3.

^{39a} Voir Ontario Law Reform Commission, *A Woman's Name*, Study Paper, 1975; J. Bankier, *Change of Name of the Married Woman* (1973) 21 Chitty's L.J. 302.

⁴⁰ Voir P.A. Crépeau, *Le droit familial du Québec: Réalités nouvelles et perspectives d'avenir* (1973) 51 Can.Bar Rev. 169, à la p.175.

b) *Le domicile et la résidence de la femme mariée*

Traditionnellement, la femme acquiert en se mariant le domicile de son mari. Cette conséquence du mariage est exprimée à l'article 83 du Code civil et est une règle incontestée de la Common Law,⁴¹ bien qu'elle vienne d'être abandonnée en Angleterre^{41a} et en France.^{41b}

La Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada a recommandé:

... que les provinces et territoires modifient leur législation de sorte qu'une femme, après son mariage, puisse conserver son domicile ou, subséquemment en établir un nouveau, indépendant de celui de son mari.⁴²

La loi uniforme concernant le domicile, adoptée en 1961 par la Conférence des commissaires pour l'uniformité de la législation au Canada, crée une présomption selon laquelle le principal établissement d'une personne, élément déterminant de son domicile, est situé là où se trouvent son conjoint et ses enfants.⁴³ Le texte ne fait aucune distinction entre le mari et la femme. Cette loi n'a pas été adoptée par les provinces.⁴⁴

Etant donné les problèmes pratiquement insurmontables que la règle traditionnelle créait à l'épouse désireuse d'obtenir un divorce ou une séparation de corps lorsque son mari avait ré-établi le domicile conjugal dans un pays éloigné, le législateur canadien lui avait permis, dès 1930, d'intenter l'action en divorce devant le tribunal du lieu où elle avait été abandonnée.⁴⁵

⁴¹ *Le Mesurier v. Le Mesurier* [1895] A.C. 517 (P.C.); *Lord Advocate v. Jaffrey* [1921] A.C. 146 (H.of L.); *A.G. for Alta v. Cook* [1926] All E.R. 525, 2 D.L.R. 762, 1 W.W.R. 742 (P.C.); voir D. Mendes da Costa, "Divorce and the Conflict of Laws" in *Studies in Canadian Family Law*, *supra*, note 14, 899, à la p.919.

^{41a} *Domicile and Matrimonial Proceedings Act, 1973*, c.45, s.1 (U.K.); T. C. Hartley and I.G.F. Karsten, *The Domicile and Matrimonial Proceedings Act, 1973* (1974) 37 M.L.R. 179.

^{41b} Loi N 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme au divorce, J.O. 12 juillet 1975, 338, art.108.

⁴² *Rapport de la Commission royale*, *supra*, note 2, 461, recommandation 105.

⁴³ Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada, *Proceedings 1961*, 139.

⁴⁴ Voir échange de correspondance entre la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada et the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada, *Minutes, Proceedings 1971*, 81.

⁴⁵ *Loi sur la juridiction en matière de divorce*, S.R.C. 1952, c.84 abrogée par la *Loi concernant le divorce*, S.R.C. 1970, c.D-8:

La loi actuelle concernant le divorce prescrit d'apprécier, en ce qui touche la juridiction du tribunal, le domicile de l'épouse comme si elle n'était pas mariée.⁴⁶

Si l'article 70 du Code de procédure civile du Québec concernant la juridiction du tribunal en matière de séparation de corps et d'annulation de mariage n'introduit pas une conception de domicile séparé pour la femme mariée, il lui permet toutefois d'intenter l'action à la dernière résidence commune des époux et, au cas où elle est sans nouvelles de son mari, à sa résidence personnelle.⁴⁷

Dans les autres provinces du Canada où la séparation judiciaire existe, elle peut être intentée devant le tribunal du domicile commun ou de la résidence commune des parties ou encore devant le tribunal de la résidence familiale même si le défendeur en est temporairement absent.⁴⁸ Certaines lois n'exigent que la résidence d'une des deux parties pendant une période déterminée.⁴⁹

L'Office de revision du Code civil s'oriente vers l'abandon du domicile légal de la femme mariée.⁵⁰ Il maintient l'obligation de faire vie commune mais, contrairement à l'article 175 du Code civil, la fait peser également sur les deux époux.⁵¹

La violation de cette obligation n'entraîne pas, en droit québécois, de sanction directe mais elle peut se transformer en une cause de séparation de corps ou de divorce, telle que l'injure grave dans le premier cas et la séparation ou l'abandon dans le second.

L'obligation de cohabiter existe également dans les provinces de Common law — en théorie du moins — mais, pas plus qu'au Québec, sa violation ne fait l'objet d'une sanction directe. Le refus de se conformer à un «*judgment for restitution of conjugal rights*», là où ce recours existe encore, a pour sanction de faire présumer

⁴⁶Loi concernant le divorce, *ibid.*, s.5(2); voir *Report of the Special Joint Committee of the Senate and House of Commons on Divorce* (1967), 30. Voir également, *Ingelsberger v. Molho* [1971] C.A. 699.

⁴⁷Avant la révision du Code de procédure civile, L.Q. 1965, c.80, le demandeur pouvait, aux termes de l'art.96, intenter l'action à son propre domicile lorsque l'autre partie ne pouvait être trouvée. Cette règle était difficile à appliquer aux femmes demanderesses puisque le mari introuvable pouvait très bien avoir fixé le domicile conjugal à l'extérieur du Québec. Pour l'application de l'art.70 (autrefois 96) voir *R. v. S.* [1966] R.P. 190 (C.S.).

⁴⁸Voir, par exemple, en Alberta, *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1970, c.113, s.8; au Saskatchewan, *Queen's Bench Act*, R.S.S. 1965, c.73, s.26.

⁴⁹Par exemple, en Colombie britannique, *Family Relations Act*, S.B.C. 1972, c.20, s.10.

⁵⁰O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, *supra*, note 1, 146.

⁵¹*Ibid.*, 142, art.39.

l'auteur du refus coupable d'abandon lequel peut être, dans les cas prévus par la loi, une cause de séparation de corps⁵² comme de divorce.

Si l'obligation de faire vie commune imposée aux deux conjoints repose sur une idée d'unité de la famille, le choix de la résidence familiale imposé par le mari à la femme, comme le prévoit l'article 175 du Code civil, est certainement discriminatoire. Néanmoins, le refus de suivre le mari n'est pas en soi une cause de séparation de corps à moins qu'il ne soit injurieux.⁵³

L'Office de revision du Code civil veut mettre fin à cette discrimination. Il recommande en effet que «les époux choisissent de concert la résidence principale de la famille».⁵⁴ Il prévoit également en cas de désaccord, la possibilité pour chaque époux de demander au tribunal de fixer la résidence dans l'intérêt de la famille. Les auteurs ont été conscients, en formulant cette proposition, que le recours au tribunal n'était pas une solution parfaite et risquait même parfois d'envenimer les conflits entre époux.⁵⁵ Mais, ils ont pensé qu'il était indispensable de pouvoir recourir à un arbitre extérieur à la famille et qu'un tel recours se concevait dans l'optique de la création d'un tribunal de la famille, doté de services de conciliation qui pourraient amener les époux à résoudre leurs problèmes sans devoir chaque fois recourir à une action en justice.⁵⁶

Si le choix de la résidence familiale peut poser des problèmes, celui de l'occupation de cette résidence, en cas de désaccord entre les époux, en crée d'autres encore plus aigus.

Dans certaines juridictions de Common Law, la femme qui commet l'adultère, perd non seulement le droit aux aliments — nous le verrons plus loin — mais encore celui d'habiter dans la maison dont son mari est propriétaire.⁵⁷ Il en est de même pour le mari adultère alors que sa femme est propriétaire de la maison.⁵⁸

⁵² Voir au Saskatchewan, *Queen's Bench Act*, *supra*, note 48, s.24, et en Alberta, *Domestic Relations Act*, *supra*, note 48, s.1; voir également Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part IV, *supra*, note 4, 35; M. C. Cullity, "Property Rights During the Subsistence of Marriage" in D.Mendes da Costa (ed.), *Studies in Canadian Family Law* (1972), vol.1, 197, à la p.207.

⁵³ *Tooby v. Cook-Salisbury* [1952] C.S. 119.

⁵⁴ O.R.C.C. *Rapport sur la famille*, *supra*, note 1, 175, art.56.

⁵⁵ Des craintes ont d'ailleurs été exprimées dans les Commentaires du Rapport envoyés à l'O.R.C.C. que les juges choisissent systématiquement la résidence la plus appropriée aux activités professionnelles du mari et n'attachent guère d'importance à celles de l'épouse.

⁵⁶ O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, *supra*, note 1, 148 *et seq.*

⁵⁷ *Bromley's Family Law* 4th ed. (1971), 386 et Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part IV, *supra*, note 4, 35.

⁵⁸ *Shipman v. Shipman* [1924] 2 Ch.140 (C.A.).

Lorsque l'adultère ou un autre manquement aux devoirs conjugaux est commis par le propriétaire de la maison, les juges n'usent de leur faculté de lui ordonner de quitter le domicile conjugal, en dépit de son droit de propriété, qu'avec la plus grande modération.⁵⁹ Au Manitoba, un amendement récent est pourtant venu préciser la possibilité d'attribuer l'occupation de la maison familiale à un époux, à l'exclusion de l'autre, même propriétaire, lorsque ce dernier a commis un des manquements énumérés par la loi. Une telle ordonnance ne sera toutefois pas prise contre le mari si l'épouse est coupable d'adultère.⁶⁰

Finalement, le conjoint abandonné peut demeurer dans la demeure familiale à condition qu'il n'ait pas lui-même commis de délit matrimonial.⁶¹ Le droit du conjoint est personnel contre l'autre conjoint et ne peut s'exercer contre le tiers propriétaire de la maison.⁶² Le tribunal peut décider d'y mettre fin.⁶³

Ce droit d'occupation de la maison conjugale est examiné ici comme un corollaire de l'obligation de faire vie commune et non pas sous l'angle de l'acquisition possible d'un intérêt pécuniaire dans la maison familiale par l'un ou l'autre époux. Ce problème, qui est proche du domaine des régimes matrimoniaux ou du «matrimonial property law», a fait l'objet d'études dans un certain nombre de provinces.

Au Québec, jusqu'à présent, la résidence familiale n'a pas été isolée des autres biens composant le patrimoine d'un époux. Elle subit le sort de la catégorie des biens dans laquelle elle se trouve, propriété d'un époux dont il peut disposer comme bon lui semble, propriété commune qui ne peut être aliénée sans le consentement du conjoint⁶⁴ ou, encore, acquêt qui ne peut être aliéné à titre gratuit sans le concours du conjoint.⁶⁵

L'Office de revision du Code civil ne semble pas vouloir changer cet état de choses bien qu'il prévoie que l'enregistrement d'une

⁵⁹ Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part IV, *supra*, note 4, 36; M. C. Cullity, *supra*, note 52, 210; *Duggan v. Duggan* (1965) 51 D.L.R. (2d) 576 (Ont. H.C.).

⁶⁰ *Wive's and Children's Maintenance Act*, R.S.M. 1970, c.W-170, ss4, 7 et 15 mod. par S.M. 1970, c.69, s.19.1.

⁶¹ *Re Maskewycz and Maskewycz* [1974] 2 O.R. (2d) 713, (1973) 44 D.L.R. (3d) 180 (Ont. C.A.).

⁶² *Re Smyth and Smyth* [1969] 1 O.R. 617 (Ont. H.C.); *Re Perkins and Perkins* [1973] 1 O.R. 598 (Ont. H.C.). Le divorce met fin au droit d'occupation.

⁶³ *Stevens v. Brown* (1969) 2 D.L.R. (3d) 687 (N.S.S.C.); voir M. C. Cullity, *supra*, note 52, 219.

⁶⁴ Arts.1292 et 1425a C.C.

⁶⁵ Art.1260o C.C.

«déclaration de résidence» pourrait empêcher l'époux propriétaire de vendre l'immeuble servant de résidence familiale sans le consentement de son conjoint.⁶⁶ L'occupation effective de ladite résidence contre la volonté d'un conjoint devra suivre le sort de leur désaccord et ne semble pas pouvoir être isolée du contexte de sa solution. Le Rapport sur la famille prévoit, en effet, que le tribunal peut ordonner à l'un des époux de quitter la résidence de la famille pendant une instance en divorce ou en séparation de corps⁶⁷ ce qui ne fait qu'expliciter les articles 200 du Code civil (alinéa 2) et 820 du Code de procédure civile.

Après le prononcé du divorce, de la séparation de corps ou de l'annulation du mariage, c'est la propriété de la résidence familiale que le tribunal pourrait éventuellement attribuer à l'époux non propriétaire.⁶⁸

Assurer le logement de la famille fait partie de l'obligation plus générale de subvenir aux besoins de celle-ci qui se traduit par l'obligation alimentaire.

c) *Obligation alimentaire*

Cette obligation semble encore dans certaines provinces, peser plus lourdement sur le mari. La Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada a recommandé que cette inégalité disparaisse.⁶⁹

Au Québec en effet, si l'obligation alimentaire est réciproque aux termes du devoir de secours, prévu à l'article 173 du Code civil, l'article 176 oblige le mari à fournir à sa femme les choses nécessaires à la vie. Il s'agit là, dit le professeur Pineau, d'une «prérogative négative».⁷⁰ Néanmoins, cette disposition est tempérée par celles qui font peser sur les deux époux une obligation de contribuer aux charges du ménage suivant leurs ressources et leur régime matrimonial.⁷¹

⁶⁶ O.R.C.C., *Rapport sur la famille, supra*, note 1, 187, art.62.

⁶⁷ *Ibid.*, 25, art.86.

⁶⁸ *Ibid.*, 199, art.69.

⁶⁹ *Rapport de la Commission royale, supra*, note 2, 468, recommandations 108 et 109; voir, dans le même sens, Commission de Réforme de droit, *Les divorcés et leur soutien*, Ottawa (1975), 22 et seq.

⁷⁰ J. Pineau, *supra*, note 34, no.192, à la p.175.

⁷¹ En société d'acquêts, art.1266q C.C.; en séparation de biens, à défaut de stipulation au contrat de mariage, art.1438 C.C.; en communauté de biens, obligation pour la femme de contribuer aux charges du ménage à même ses biens réservés, art.1425h C.C.

La jurisprudence tend d'ailleurs à faire prévaloir l'égalité en dépit de l'article 176 et même des conventions matrimoniales.⁷² Le Rapport sur la famille propose au contraire de faire prévaloir les conventions entre époux.⁷³

Il faut signaler en passant, une discrimination archaïque au détriment de la belle-mère qui perd son droit aux aliments vis-à-vis de son gendre lorsqu'elle convole en secondes noces, en vertu de l'article 167 du Code civil, alors qu'il n'est rien dit du beau-père. Cette disparité serait appelée à disparaître automatiquement si les propositions du Rapport sur la famille étaient acceptées car elles suppriment toute obligation alimentaire entre alliés.⁷⁴

L'obligation alimentaire persiste après la séparation de corps puisque le mariage n'est pas dissout. Néanmoins, le nouvel article 212 du Code civil a mis sur le même pied les conditions d'octroi d'une pension après séparation de corps et après divorce. Il précise en effet que le tribunal tient compte pour décider de la pension «de la conduite des parties, de l'état et facultés de chacune d'elles ainsi que des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent».

Le Code criminel vient d'être modifié et met les deux conjoints sur le même pied:⁷⁵ Toute personne marié doit «fournir les choses nécessaires à l'existence de son conjoint» s'il est dans le besoin sous peine d'un emprisonnement éventuel de deux ans. Avant cet amendement, l'épouse n'était tenue de pourvoir aux besoins de son mari que si celui-ci en était incapable par suite d'âge, d'aliénation mentale ou autres causes ou si son omission de remplir son obligation envers son mari ne mettait en danger la vie ou la santé de ce dernier.⁷⁶

L'étendue de l'ancienne obligation discriminatoire édictée par le Code criminel ressemblait fort à celle encore en vigueur dans cer-

⁷² *L. v. B.* [1970] C.S. 87; *Banque Royale du Canada v. Archambault* [1970] C.S. 308.

⁷³ O.R.C.C., *Rapport sur la famille, supra*, note 2, 157, art.46.

⁷⁴ *Ibid.*, 439-444, arts.172 et 173.

⁷⁵ L'art.197 du Code criminel, S.R.C. 1970, c.C-34 qui faisait peser l'obligation sur le mari a été modifié par la loi modifiant certaines lois en vue d'assurer dans leur application l'égalité de statut aux personnes de sexe masculin et féminin; *Loi de 1974 modifiant la législation (Statut de la femme)*, S.C. 1975, c.66, s.8(1).

⁷⁶ Pour l'incompatibilité éventuelle entre l'ancien art.197 du Code criminel et la Loi ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Déclaration canadienne des droits de l'homme*, S.C. 1960, c.44 (voir S.R.C. 1970, Appendice III), voir *Fidanza v. Fidanza* (1974) 12 R.F.L. 341 (Ont. Prov. Ct.).

taines provinces de Common Law.⁷⁷ Néanmoins, cette distinction héritée de la Common Law commence à être battue en brèche. Ainsi, la Colombie britannique a adopté récemment une loi mettant les conjoints sur un pied d'égalité.⁷⁸

La Commission de réforme de l'Ontario avait d'abord recommandé que l'obligation alimentaire soit imposée aux deux conjoints mais principalement au mari. Une réciprocité totale de l'obligation, de l'avis de la Commission, ne tenait pas compte des disparités actuelles de revenus entre la femme et l'homme.⁷⁹ Depuis, la Commission semble s'être ralliée au principe de la réciprocité pure et simple.^{79a} Le principe de la réciprocité limitée a été également adopté par l'Alberta.⁸⁰ Par contre, l'Étude de droit familial de Terre-Neuve se prononce pour la réciprocité complète.⁸¹

Il faut noter également que dans un certain nombre de provinces l'épouse est privée de son droit alimentaire s'il est prouvé qu'elle a commis l'adultère. Le jugement condamnant le mari à fournir des aliments à sa femme peut d'ailleurs être révoqué s'il est prouvé qu'elle a commis l'adultère, même si les époux vivaient en état de séparation de fait.⁸²

Cette sanction peut même se poursuivre après le décès du mari lorsque l'épouse, qui vivait séparée de lui dans des circonstances où elle aurait été privée de son droit aux aliments, perd également les droits que pourrait lui conférer le «Dependants Relief Act».⁸³

⁷⁷ En Ontario, *Deserted Wive's and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1970, c.128, s.2(2); au Manitoba, *Wives' and Children's Maintenance Act*, *supra*, note 60, s.4(c).

⁷⁸ *Family Relations Act*, *supra*, note 49, s.25(1).

⁷⁹ Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part IV, *supra*, note 4, 105.

^{79a} Ontario Commission, *ibid.*, 12.

⁸⁰ *The Maintenance Order Act*, R.S.A. 1970, c.222, ss.4(1) et 5(1).

⁸¹ Newfoundland Family Law Study, *supra*, note 5, 109.

⁸² En Ontario, *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, *supra*, note 77, s.2(4); voir pour l'application de cette disposition, *Drew v. Drew* (1974) 12 R.F.L. 20 (Ont.Prov.Ct); au Manitoba, *Wives' and Children's Maintenance Act*, *supra*, note 60, ss.15 et 25; en Nouvelle Écosse, *Wive's and Children's Maintenance Act*, R.S.N.S. 1967, c.341, s.5(2); au Nouveau Brunswick, *Deserted Wives and Children Maintenance Act*, R.S.N.B. 1952, c.61, s.3(3) mod. par S.N.B. 1972, c.26, ss.1 et 2 et S.N.B. 1973, c.29, s.1(c). L'adultère n'a aucune influence en cas de divorce, *Keddy v. Keddy* (1974) 45 D.L.R. (3d) 609 (N.S.S.C. App.Div.) et la jurisprudence citée dans cette décision.

⁸³ Voir, par exemple, en Ontario, *Dependants' Relief Act*, R.S.O. 1970, c.126, s.9; en Nouvelle Écosse, *Testators' Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1967, c.303, s.17. La Commission de réforme de l'Ontario propose l'abrogation de cette disposition discriminatoire; Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part IV, *supra*, note 4, 110.

Néanmoins, cette disposition est souvent remplacée par une autre de portée plus générale permettant au juge de refuser la requête tendant à prélever des secours alimentaires sur la succession lorsque la conduite du requérant lui paraît indigne.⁸⁴

Le projet de loi uniforme proposé par la Conférence des Commissaires pour l'unification de la législation au Canada se rallie à cette formule.⁸⁵ Le projet est devenu de plus en plus égalitaire au cours de ses rédactions successives. En 1972, la liste des «dépendants» comprenait la femme divorcée recevant une pension alimentaire et la femme non mariée qui avait vécu avec le decujus pendant les trois années précédant immédiatement son décès. En 1973, l'ex-mari et le mari de fait ont été introduits dans le projet.⁸⁶

Certaines lois prévoyaient également le montant maximum de pension auquel le juge pouvait condamner le mari pendant le mariage. Mais cette pratique semble être appelée à disparaître en faveur de la discrétion du juge.⁸⁷

L'obligation alimentaire a pour but de permettre aux époux de faire face aux dépenses nécessaires à l'entretien du ménage et une technique d'exécution de cette obligation est sans aucun doute le mandat domestique.

d) *Le mandat domestique*

Cet effet du mariage, jusqu'à présent réservé à l'épouse en vertu de l'article 180 du Code civil du Québec serait étendu aux deux conjoints si les propositions du Rapport sur la famille étaient acceptées. L'article 49 de ce projet reconnaît en effet à chaque époux le pouvoir «d'agir seul pour les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants» et dispose qu'ainsi «il engage également son conjoint dans la mesure où celui-ci était tenu de contribuer aux charges du ménage». Il faut noter que le mandat domestique des deux époux serait ainsi moins complet que celui qu'exerce actuellement la seule épouse.⁸⁸ De plus, le Rapport ne semble pas proposer de solu-

⁸⁴ Voir au Manitoba, *Testators' Family Maintenance Act*, R.S.M. 1970, c.T-50, s.3(3); au Saskatchewan, *Dependants' Relief Act*, R.S.S. 1965, c.129, s.9(8).

⁸⁵ Conference of the Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada, *Proceedings* 1972, 227.

⁸⁶ Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada, *Proceedings* 1973, 253; 1974, 29.

⁸⁷ Par exemple, en Nouvelle Ecosse où cette disposition du *Wives' and Children's Maintenance Act*, *supra*, note 80, a été modifiée par S.N.S. 1973, c.63, s.1.

⁸⁸ Voir E. Caparros, *Le droit familial de l'avenir: Un rapport de l'Office de révision du Code civil qui laisse la famille sans avenir*, *Le Devoir*, mardi 7 janvier 1974; l'auteur critique vivement la technique proposée.

tion aux difficultés actuelles entourant le retrait éventuel du mandat.⁸⁹

Dans les provinces de Common Law, le mandat domestique n'existe également qu'au profit de l'épouse et est organisé quelque peu différemment. Il s'agit d'avantage d'une présomption de mandat que le mari peut repousser en faisant la preuve qu'il ignorait les achats de sa femme et n'avait pas donné son consentement à ce qu'elle les effectue.^{89a} De plus, à la différence du droit québécois, il cesse en cas d'accord de séparation entre les parties ou si l'épouse commet l'adultère.⁹⁰ Toutefois, si après la séparation, le mari effectue des paiements partiels, il reste tenu pour le tout, car il est considéré comme ayant en quelque sorte ratifié le mandat.⁹¹

La Commission de réforme de l'Ontario ne va pas aussi loin que l'Office de révision québécois car elle n'estime pas qu'il soit opportun d'étendre le mandat domestique aux deux époux, contrairement à la recommandation de l'équipe de recherche dont les travaux forment la base de son rapport.⁹² Elle propose, par contre, que le mandat domestique de l'épouse abandonnée soit supprimé et cette suggestion est reprise dans l'étude de droit familial de Terre-Neuve.⁹³

Nous venons de voir que les effets du mariage comprennent, partout au Canada, quelques inégalités entre le mari et la femme; qu'en est-il de la dissolution ou du relâchement du lien matrimonial?

3. Le divorce et la séparation de corps

Si les causes de divorce, énumérées aux articles 3 et 4 de la *Loi concernant le divorce*, s'appliquent fort également aux deux époux,⁹⁴ il n'en est pas toujours de même pour les causes de sépara-

⁸⁹ Voir J.E.C. Brierley, "Husband and Wife in the Law of Quebec: A 1970 Conspectus" in D. Mendes da Costa (ed.), *Studies in Canadian Family Law*, *supra*, note 14, 795, à la p.818; M. Ouellette-Lauzon, *Le mandat domestique ou du pouvoir des clefs* (1972) 75 R.du N. 91, à la p.100.

^{89a} *Simpson v. Ruggles* [1930] 3 D.L.R. 174 (Ont. C.A.).

⁹⁰ Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part IV, *supra*, note 4, 25.

⁹¹ *R. Simpson Co. v. Twible and Twible* (1974) 14 R.F.L. 44, 41 D.L.R. (3d) 213, [1974] 1 O.R. (2d) 629 (Ont.Cty Ct).

⁹² Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part IV, *supra*, note 4, 111.

⁹³ Newfoundland Family Law Study, *supra*, note 5, 190.

⁹⁴ *Supra*, note 45. On a pu se demander néanmoins si certains délits sexuels mentionnés à l'art.3(b) pouvaient être techniquement commis par des femmes. Voir, pour une discussion du problème, D. Mendes da Costa, "Divorce" in *Studies in Canadian Family Law*, *supra*, note 52, 359, à la p.436. L'auteur fait remarquer qu'une femme peut très bien être complice d'un de ces actes commis sur la personne d'une autre femme. Voir également, *Gaveronski v. Gaveronski* (1974) 15 R.F.L. 160 (Sask.Q.B.).

tion judiciaire. L'article 191 du Code civil du Québec prévoit une cause que seule peut invoquer l'épouse: le refus du mari de la recevoir ou de lui fournir les choses nécessaires à la vie.⁹⁵ Il faut noter que cet article n'a pas d'équivalent en droit français qui a assimilé les causes de la séparation de corps à celles du divorce et le refus de pourvoir du mari à une injure grave.⁹⁶

Dans certaines provinces de Common Law, il semble que la séparation puisse être demandée pour les mêmes causes par le mari et par l'épouse.⁹⁷ Il ne faut pas confondre, toutefois, cette action avec celle qui aboutit à «une ordonnance de vie séparée» intentée en vertu des *Deserted Wives' and Children's Maintenance Acts* et qui peut n'appartenir qu'à l'épouse ou appartenir aux deux conjoints, mais pour des causes différentes.⁹⁸

Même si les causes de séparation sont identiques, il se peut évidemment que leur interprétation soit différente suivant que le défendeur soit un homme ou une femme. Il y a lieu de signaler ici une semblable divergence d'interprétation, heureusement assez rare. Un arrêt de la Cour supérieure du Québec a en effet déclaré:

S'il est admis que l'ivrognerie invétérée de la part du mari constitue, dans bien des cas, une cause de séparation de corps, à *plus forte raison* doit-il en être ainsi en faveur du mari si c'est la femme qui est affligée de ce vice.⁹⁹

Le fait que l'ivrognerie paraisse plus condamnable chez une femme que chez un homme correspond peut-être à une réaction instinctive devant une «faute de goût» moins bien tolérée chez un sexe que chez l'autre mais une telle considération semble déplacée dans une décision judiciaire.

Les effets du divorce et de la séparation judiciaire en ce qui concerne la pension alimentaire et la garde des enfants touchent différemment le mari et la femme suivant les juridictions. L'égalité entre l'un et l'autre est respectée, apparemment du moins, par la loi concernant le divorce. Il en est de même au Québec en ce qui concerne la séparation de corps dont les conséquences ont été assi-

⁹⁵ *Wood v. Mellor* [1943] R.L. 545 (C.S.); *Moquin v. Charron* [1968] B.R. 16; *Tooby v. Cook-Salisbury*, *supra*, note 53.

⁹⁶ Arts.232 et 306 C.N.; depuis l'adoption de la loi du 11 juillet 1975, *supra*, note 41b, arts.242 *et seq.*

⁹⁷ En Alberta, *Domestic Relations Act*, *supra*, note 48, Part II; en Colombie britannique, *Family Relations Act*, *supra*, note 49, Part II; au Saskatchewan, *Queen's Bench Act*, *supra*, note 48, ss.25 *et seq.*

⁹⁸ Voir les lois citées, *supra*, notes 77 et 82.

⁹⁹ *F. v. S.* [1965] R.L. 280, à la p.285 (C.S.) (c'est nous qui soulignons).

milées, autant que faire se peut, à celles du divorce en vertu des articles 206 et suivants du Code civil.

Il faut noter cependant que le tribunal peut, en vertu de l'article 200, délier pendant l'instance «la femme de son obligation de vivre avec son mari et celui-ci de la recevoir». Cette distinction est reprise à l'article 207, qui correspond à une différence entre les rôles dans l'obligation de faire vie commune, prévue par l'article 175 que nous avons analysé plus haut.

Dans certaines provinces de Common Law, il semble exister des distinctions entre mari et femme à propos des effets de la séparation judiciaire. Ainsi, au Saskatchewan, le juge peut octroyer des aliments à l'épouse en faveur de qui la séparation est prononcée tandis qu'il peut décider qu'une partie des biens de cette dernière sera allouée au mari et aux enfants si c'est le mari qui triomphe dans son action.¹⁰⁰ Par contre, en Colombie britannique où le *Family Relations Act* est relativement récent¹⁰¹ et en Alberta,¹⁰² les deux conjoints semblent être sur le même pied.

C'est peut-être à l'occasion de l'exécution des obligations imposées au mari suite à une séparation de corps ou à un divorce que les accusations de «discrimination aux yeux de la loi» se font les plus véhémentes sinon toujours les plus justifiées. En particulier, l'obligation d'intenter des poursuites contre un mari qui ne paye pas sa pension alimentaire est perçue par les épouses comme une discrimination.¹⁰³ Or, il est un fait que la majorité des pensions alimentaires ne sont pas payées.¹⁰⁴ De multiples propositions de création d'un service qui paierait les pensions en avançant le montant en cas de non-paiement par le débiteur et qui entamerait les procédures dans le même cas ont été formulées.¹⁰⁵

¹⁰⁰ *Queen's Bench Act*, *supra*, note 48, ss.32 et 35.

¹⁰¹ *Family Relations Act*, *supra*, note 49, s.11.

¹⁰² *Domestic Relations Act*, *supra*, note 48, ss.16 et *seq.* mod. par S.A. 1973, c.61 *supra*, note 5.

¹⁰³ M. Dubuc, *Enquête auprès de trente femmes séparées légalement*, étude effectuée dans le cadre d'une enquête sociologique patronnée par le Ministère des Affaires sociales du Québec et par l'Institut Vanier de la Famille, Office de révision du Code civil, 1968, 65 et *seq.* Voir aussi, Commission des services juridiques, *Deuxième Rapport annuel*, *supra*, note 16, 283.

¹⁰⁴ H. A. Allard, "Family Courts in Canada" in D. Mendes da Costa (ed.), *Studies in Canadian Family Law*, *supra*, note 52, 22; Commission des services juridiques, *ibid.*, 79.

¹⁰⁵ Voir à ce propos, Commission des services juridiques, *ibid.*; *Rapport de la Commission royale*, *supra*, note 2, 462, recommandation 112; D. J. McDougall, "Alimony and Maintenance" in D. Mendes da Costa (ed.) *Studies in Canadian Family Law*, *supra*, note 52, 283, à la p.286; Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part V, *supra*, note 4, 100; Newfoundland Family Law Study,

Après l'étude de la situation faite à l'homme et à la femme en tant que conjoints, il faut se demander s'ils sont égaux en tant que parents.

4. L'autorité des parents

Au Québec, le Code civil en vertu de l'article 174 fait de l'épouse la collaboratrice du mari dans la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation des enfants. D'autre part, c'est au mari seul, durant le mariage, à qui l'article 243 donne la puissance paternelle.¹⁰⁶

Ce principe a été grandement assoupli par l'importance croissante donnée à l'intérêt de l'enfant qui prime très nettement, aux yeux du juge, les droits du père.¹⁰⁷ Un arrêt récent de la Cour d'appel du Québec a déclaré ce qui suit:

L'article 243 relatif à la puissance paternelle se trouve toujours inscrit au Code, mais il se trouve depuis quelques années dans un nouveau contexte. L'autorité au sein du mariage est aujourd'hui partagée; la comparaison du nouvel article 174 C.C. avec l'ancien fait voir cette évolution.¹⁰⁸

L'égalité des deux parents après le divorce et la séparation de corps a également accentué cette évolution. De plus, suivant l'article 245a du Code civil, adopté en 1970,¹⁰⁹ les parents naturels sont mis sur le même pied quant à l'exercice de l'autorité parentale.

Bien que la deuxième partie du Rapport sur la famille de l'Office de revision du Code civil du Québec ne soit pas encore publiée, le président de l'Office a donné l'assurance qu'il contiendrait des propositions tendant à confier aux deux parents l'exercice de l'autorité parentale dans la plus parfaite égalité.¹¹⁰

supra, note 5, 158; E. Groffier, *L'exécution des pensions alimentaires au Québec* (1973) 19 McGill L.J. 385, à la p.408.

¹⁰⁶ Voir, O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, *supra*, note 1. Le Rapport propose une modification de l'art.174 du Code civil qui ferait ressortir davantage l'égalité des époux: "Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation des enfants communs" (à la p.147, art.40, al. 1).

¹⁰⁷ *Tailon v. Donaldson* [1953] 2 S.C.R. 257; *Gyore v. Gulas* [1974] C.S. 146.

¹⁰⁸ *Bockler v. Bockler* [1974] C.A. 41. Voir, pour l'évolution même du concept, A. Mayrand, "L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois" in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Paris (1965), 621 *et seq.*; E. Deleury, M. Rivet, J. M. Neault, *De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution envoie de trouver sa vraie finalité* (1974) 15 C.de D. 779, à la p.825 *et seq.*

¹⁰⁹ *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, L.Q. 1970, c.62.

¹¹⁰ Voir P. A. Crépeau, *Civil Code Revision in Quebec* (1974) 34 Louisiana L.J. 921, à la p.931; voir aussi, du même auteur, *Le droit familial du Québec: Réalités nouvelles et perspectives d'avenir*, *supra*, note 40, 177.

Dans les provinces de Common Law, les parents sont en général mis sur le même pied durant le mariage en ce qui concerne la garde, le contrôle et l'éducation des enfants¹¹¹ à moins qu'il n'en soit décidé autrement par le juge. Cependant, en Common Law, le droit traditionnel du père à la garde de ses enfants est encore pris en considération notamment au Nouveau-Brunswick, mais seulement lorsque toutes choses sont égales.¹¹² La situation semble être analogue en Nouvelle-Ecosse et à Terre-Neuve.¹¹³

Par contre, la plupart des législations ne mentionnent pas qui a le droit à la garde des enfants lorsque les parents sont séparés de fait. Néanmoins, au Saskatchewan, dans ce cas, la loi donne la garde à la mère jusqu'à ce que les enfants atteignent l'âge de quatorze ans et ensuite au père.¹¹⁴ En Colombie britannique, l'époux qui exerce de fait la garde des enfants se voit attribuer la garde de droit en attendant que les tribunaux en décident autrement.¹¹⁵

En ce qui concerne l'autorité parentale exercée par les parents naturels, il existe des lois où la mère naturelle semble, à première vue du moins, avoir droit à la garde de son enfant à l'exclusion du père. Il en est ainsi en Alberta, en Nouvelle-Ecosse et au Nouveau-Brunswick.¹¹⁶ Le droit de la mère est néanmoins subordonné à l'intérêt de l'enfant.^{116a}

¹¹¹ Voir, par exemple, en Ontario, *Infants Act*, R.S.O. 1970, c.222, s.2(1); en Alberta, *Domestic Relations Act*, *supra*, note 48, Part VII; au Manitoba, *Child Welfare Act*, R.S.M., 1970, c.C-80, s.102.

¹¹² Voir *Pollard v. Pollard* (1974) 14 R.F.L. 49 (N.B.S.C.); également, *Talsky v. Talsky* (1973) 11 R.F.L. 226 (Ont. C.A.).

¹¹³ Voir L. Robinson, "Custody and Access" in D. Mendes da Costa (ed.), *Studies in Canadian Family Law*, *supra*, note 14, 541, à la p.547. A Terre-Neuve d'ailleurs, le *Child Welfare Act*, S.N. 1972, no.37, s.47 précise bien que l'intérêt de l'enfant doit être la considération dominante dans toute décision concernant sa garde; dans ce sens également au Nouvelle Ecosse, *Infants' Custody Act*, R.S.N.S. 1967, c.145, s.2.

¹¹⁴ *The Infants Act*, R.S.S. 1965, c.342, s.22(3).

¹¹⁵ *Equal Guardianship of Infants Act*, R.S.B.C. 1960, c.130, s.11.

¹¹⁶ Par exemple, en Alberta, *Domestic Relations Act*, *supra*, note 48, s.39 et l'interprétation libérale en faveur du père naturel donnée par *Nelson v. Findlay and Findlay* (1974) 15 R.F.L. 181 (Alta S.C.); pour une interprétation plus stricte, *Re The Queen and Gingel* (1974) 42 D.L.R. (3d) 225 (Alta S.C.A.D.). En Ontario, le droit est loin d'être clair et la Commission de réforme recommande que le père qui a reconnu son enfant ait le droit d'en demander la garde; Ontario Commission, *Report on Family Law*, Part III, *supra*, note 4, 109 et 119 et les références citées. Pour une discussion des droits du père naturel, voir D.A. Cruickshank, *Forgotten Fathers: The Rights of the Putative Father in Canada* (1972) 7 R.F.L. 1, et Law Reform Division, Department of Justice, New Brunswick, *Status of Children Born Outside Marriage: Their Rights and Obligations and the Rights and Obligations of their Parents*, a *Working Report* (1974), 73 et seq.

^{116a} *Re Moores and Feldstein* [1973] 2 O.R. 497, (1974) 12 R.F.L. 273 (Ont.C.A.).

Par contre d'autres lois semblent, également à première vue, imposer à la mère qui réclame au père naturel des aliments pour son enfant, des conditions assez strictes. Ainsi, au Manitoba, pour obtenir des aliments d'un père naturel, la mère doit avoir vécu avec lui pendant une période d'un an au moins.¹¹⁷

Il est un fait qu'en Common Law, l'obligation pour un père naturel de contribuer à l'entretien de son enfant naturel n'existait pas.¹¹⁸ Si le développement du droit familial a peu à peu créé diverses actions permettant à l'enfant d'obtenir des aliments de son père naturel, ce n'est que récemment dans certaines juridictions, que l'obligation a été inscrite comme telle, sans restriction dans la loi.¹¹⁹

Il est difficile de parler des droits respectifs des parents naturels sans mentionner le droit de visite du parent qui n'a pas la garde.

Au Québec, en vertu de l'article 245a du Code civil, chacun des deux parents exerçant l'autorité pour autant qu'il n'ait pas abandonné l'enfant, doit pouvoir se voir accorder des droits de visite s'il n'a pas la garde.¹²⁰

Par contre, dans les provinces de Common Law, le droit de visite est extrêmement limité, si même il existe.¹²¹ Il faut penser néanmoins que ce droit va se développer en suivant l'évolution du droit de garde du père naturel.

En principe, la filiation adoptive donne les mêmes droits aux parents adoptifs qu'aux parents légitimes. Mais, certaines lois comprennent quelques inégalités relatives aux conditions nécessaires à l'adoption. Par exemple, en Ontario et à Terre-Neuve, un homme ne peut adopter une fille s'il n'est pas marié alors qu'une femme peut bien adopter un jeune garçon.¹²² Dans la plupart des législations également, le consentement du père à l'adoption de son enfant illé-

¹¹⁷ *Wives' and Children's Maintenance Act*, *supra*, note 60, s.6(a). Voir pour l'application de cette disposition *Hourie v. Petti* (1974) 15 R.F.L. 210 (Man. C.A.).

¹¹⁸ Bromley, *supra*, note 57, 474.

¹¹⁹ Par exemple, au Nouveau Brunswick, grâce à un amendement récent du *Deserted Wives' and Children Maintenance Act*, S.N.B. 1972, c.26.

¹²⁰ *Leruite v. Latreille* [1973] C.S. 314 et R. Joyal-Poupart, *Vérité Juridique v. Vérité Biologique* (1973) 8 R.J.T. 155.

¹²¹ D. A. Cruickshank, *supra*, note 116, 29.

¹²² Ontario, *Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c.64, s.72(1)(b); Terre-Neuve, *The Adoption of Children Act*, S.N. 1972, c.36, s.8(2). Dans les deux cas, le tribunal peut néanmoins permettre l'adoption si les circonstances le justifient.

gitime n'est pas exigé¹²³ ou n'est exigé que si l'enfant vit avec lui.¹²⁴ Une telle exclusion peut, dans des cas marginaux du moins, donner lieu à des injustices.

Finalement, il faut signaler une innovation proposée par le Rapport sur la famille de l'Office de revision du Code civil du Québec dans le domaine de l'établissement de la filiation. Il suggère de donner à la mère le droit de contester la paternité de son mari,¹²⁵ c'est-à-dire d'écarter la présomption de paternité légitime actuellement prévue par l'article 218 du Code civil et maintenue dans les propositions de réforme.

Dans les juridictions de Common Law, ce problème se pose différemment. La paternité de l'enfant légitime est en général contestée par le père légitime présumé à l'occasion de la preuve de l'adultère de sa femme. Elle peut l'être exceptionnellement dans les mêmes circonstances par la mère.¹²⁶

Conclusions

Aux termes de cette brève étude, nous sommes conscients du fait que nous sommes loin d'avoir abordé tous les problèmes. En particulier, nous n'avons pas traité ceux des minorités comme les femmes indiennes. Nous n'avons pas davantage abordé les domaines connexes au droit familial comme, par exemple, l'avortement. Il est bien évident que dans l'amélioration de la condition féminine, tout est lié. Néanmoins, pour présenter une étude tant soit peu cohérente, il a fallu faire un choix.

Le rapide tour d'horizon qui précède permet de faire les observations suivantes:

Il est incontestable que les diverses réformes du droit familial tendent à promouvoir l'égalité entre l'homme et la femme dans la famille. Néanmoins, quelques inégalités, souvent de détails, subsis-

¹²³ Par exemple, au Nouveau Brunswick, R.S.N.B. 1952, c.3, s.5(1)(c); voir M. E. Hughes, "Adoption in Canada" in D. Mendes da Costa (ed.), *Studies in Canadian Family Law*, supra, note 52, 103, à la p.121; E. Groffier, *Principaux problèmes de l'adoption au Canada, en France et en Belgique* (1974) Rev.int. de droit comparé, 263, à la p.274.

¹²⁴ Par exemple, en Ontario, *Child Welfare Act*, supra, note 122, s.73(2). Il en est de même dans l'Ile du Prince Edouard, *Adoption Act*, S.P.E.I. 1969, c.1, s.6(1)(d).

¹²⁵ O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, supra, note 1, 321, art.116.

¹²⁶ Voir en Angleterre *B. v. B. & E.* [1969] 3 All E.R. 1106 (C.A.) et les commentaires in Bromley, supra, note 57, 237; en Ontario, *Evidence Act*, R.S.O. 1970, c.151, s.8(2).

tent encore dans toutes les législations canadiennes. Ce fait est dû, au Québec, aux inévitables réformes parcellaires et tout laisse croire qu'il va disparaître complètement lors de la réforme générale. Dans les provinces de Common Law, le grand enchevêtrement des lois en matières familiales aboutit parfois à des résultats paradoxaux. Par exemple, la femme adultère pourra se trouver privée d'aliments même si son mari est coupable d'abandon tandis que cette même femme pourra se voir attribuer une pension alimentaire même si son mari triomphe dans une action en divorce.

Certaines des inégalités relevées proviennent plutôt d'un usage bien établi que de la loi. Nous pensons particulièrement au nom de la femme mariée. A notre avis, il ne serait pas bon qu'une loi vienne bouleverser impérativement l'usage; il faudrait plutôt qu'elle permette aux femmes qui ne veulent pas s'y conformer de le faire facilement.

Quelque désirables que soient les réformes à caractère égalitaire, il ne faut pourtant pas oublier la réalité économique. Ainsi, s'il est souhaitable que le père ait les mêmes obligations que la mère vis-à-vis de son enfant et que l'exécution des pensions alimentaires soit assurée avec une certaine sévérité, il est impossible de forcer un père ou un mari qui ne possède tout simplement pas les ressources nécessaires à payer. Quelle que soit l'injustice de cette situation, la solution ne réside pas dans des lois punitives mais plutôt dans une transformation de la mentalité générale de façon à ce qu'il soit normal que la femme ait un degré de scolarité aussi élevé que celui de l'homme et qu'elle ait à sa disposition les garderies nécessaires pour lui permettre d'obtenir, par son travail, un meilleur revenu.

Il faudrait également qu'une valeur économique soit reconnue au travail de l'épouse au foyer, ce qui n'est pas le cas actuellement, même lorsque la femme aide son mari professionnellement.¹²⁷

Finalement, il ne faut pas dissimuler que l'égalité a son prix, comme toute bonne chose. Nous ne voulons pas dire par là que ce prix risque d'être trop élevé. Cependant, l'évolution vers une complète égalité dans la famille, quand elle sera réalité dans les mœurs aussi bien que dans le droit, transformera inévitablement la famille. Il est probable que celle-ci ait recours plus souvent à des arbitres extérieurs et même suivant certains, qu'elle forme une entité moins durable. Nous pensons pour notre part, que l'égalité est désirable, mais qu'il faut l'installer sur des bases solides et qu'il est temps qu'une préparation réelle du mariage prenne place dans l'éducation.

¹²⁷ Voir, par exemple, *L. v. B.* [1970] C.S. 87.