

LA SÉPARATION DE FAIT ET SES EFFETS PRINCIPAUX

Albert Mayrand

Volume 8, numéro 1, 1977

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059607ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059607ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Mayrand, A. (1977). LA SÉPARATION DE FAIT ET SES EFFETS PRINCIPAUX. *Revue générale de droit*, 8(1), 7–31. <https://doi.org/10.7202/1059607ar>

LA SÉPARATION DE FAIT ET SES EFFETS PRINCIPAUX

par Albert MAYRAND,
juge à la Cour d'Appel du Québec

Dans l'esprit de la plupart des gens, la séparation de corps et la séparation de fait sont deux notions très voisines. Il n'y aurait pas plus de différence entre elles qu'entre des funérailles solennelles et d'humbles obsèques. La séparation de fait serait une séparation de corps amputée du cérémonial judiciaire coûteux, une séparation qu'on se fait soi-même plutôt que de se la faire fabriquer par les gens de cour.

Cette idée populaire contient une part de vérité, sans exprimer cependant toute la réalité. Dans la séparation de corps, les époux recherchent une modification de leur situation juridique, de sorte que le droit semble avoir préséance sur les faits. Dans la séparation *de facto*, ce sont plutôt les faits qui dominent; des effets juridiques n'en découlent que par simple incidence. Avant d'examiner ses principaux effets juridiques, il convient de préciser la notion de séparation de fait.

I. — LA NOTION DE SÉPARATION DE FAIT.

Dans son sens le plus large, la séparation de fait comprend le cas des époux physiquement éloignés l'un de l'autre fut-ce par un événement fortuit; elle comprend également le cas des époux séparés de corps ou même des ex-époux divorcés¹ dont la situation de fait est normale et en harmonie avec leur situation juridique. Dans son sens plus courant et plus restrictif, et c'est celui dans lequel nous l'emploierons, *la séparation de fait* est celle qui se réalise sans intervention judiciaire et résulte de l'inexécution volontaire de l'obligation de cohabiter. Le Code civil impose cette obligation aux époux à l'article 175:

La femme est obligée d'habiter avec le mari, qu'elle doit suivre pour demeurer partout où il fixe la résidence de la famille. Le mari est tenu de l'y recevoir.

Tandis que la séparation de corps est une cause d'extinction de l'obligation

¹ *Baril c. Trudeau*, 1975 C.S. 305: «Le requérant allègue... que l'intimée et lui-même sont séparés de fait depuis avril 1971... un jugement de séparation de corps prononcé en faveur de sa femme, à Rouvyn, le 16 avril 1971.»

qu'avaient les époux de faire vie commune, la séparation de fait est la simple violation de cette même obligation qui subsiste.

La séparation de fait se compose de deux éléments, l'un matériel, l'autre psychologique.

L'élément matériel est la séparation physique des époux, leur éloignement. Il se traduit normalement par l'établissement de résidences séparées. Exceptionnellement, des époux peuvent vivre séparément sous un même toit, que ce soit à cause d'un manque de ressources pécuniaires ou pour éviter que leur séparation soit connue².

Outre le fait matériel de l'éloignement, la séparation de fait comporte un élément psychologique, l'intention arrêtée de ne plus cohabiter avec son conjoint, c'est-à-dire soit de cesser de faire vie commune, soit de ne pas la reprendre³. L'éloignement pour cause de maladie, de voyage ou de travail à l'étranger peut être une séparation de fait au sens large de l'expression, mais il n'en est pas une au sens strict dans lequel nous l'utilisons, car il y a alors inexécution justifiable et non voulue de l'obligation de cohabiter. Bien sûr, une hospitalisation, un emprisonnement prolongé ou toute autre séparation involontaire à l'origine peut se transformer en une véritable séparation de fait, quand au moins l'un des époux exprime la volonté de ne plus reprendre la vie commune quoiqu'il advienne. En pareil cas, l'élément psychologique vient s'ajouter après coup à l'élément physique.

La coexistence des éléments matériels et intentionnel, lorsqu'elle est momentanée et ne suppose pas l'établissement d'un nouveau régime de vie durable, donne lieu à ce qu'on appelle une fugue ou une infidélité occasionnelle plutôt qu'à la séparation de fait qui fait l'objet de notre réflexion.

L'élément psychologique ou intentionnel de la séparation de fait peut être fourni par un seul des époux qui abandonne l'autre ou le force à quitter le domicile conjugal. Il peut aussi être l'œuvre des deux époux qui veulent mettre fin à leur vie commune. Nous verrons que les conséquences juridiques de la séparation de fait varient selon qu'elle résulte d'un abandon unilatéral ou de la volonté des deux époux.

II. — LES EFFETS JURIDIQUES DE LA SÉPARATION DE FAIT.

A. LES EFFETS ENTRE ÉPOUX.

Les traditionalistes contestent la plupart des conséquences juridiques de la séparation de fait. Sa caractéristique serait précisément de n'être pas effi-

² *Besner c. Brunet*, 1975 C.S. 712; *Hébert c. Dame Houle*, 1973 C.S. 868; comparer *Galbraith c. Galbraith*, (1969) 5 D.L.R. (3d) 543, 549 (Man. C. of A.); *Dorchester c. Dorchester*, (1971) 19 D.L.R. (3d) 126 (B.C.S.C.); *Rushton c. Rushton*, (1968) 2 D.L.R. (3d) 25 (B.C.S.C.); *Moffatt c. Huberdeau*, (1914) 20 R.L. n.s. 354; *Gladman c. Gladman*, (1969) 6 D.L.R. (3d) 350 (B.C.S.C.). DELEURY et RIVET, *Droit des personnes et de la famille*, Université Laval 1972, p. 178; S.J. SKELLY, *Divorce Reform a Reality*, (1969) 10 C. de D. 85, à la page 95; *Power on Divorce*, 3^e éd. par C. DAVIES, Toronto, 1976, p. 92.

³ *Vargato c. Malevsky*, C.A. Montréal, dossier 09-000118-73, arrêt du 28 juin 1977.

cace et de ne pas affecter les droits et obligations découlant du mariage. On pourrait en décrire les effets de façon négative, en énumérant ceux qu'elle n'a pas.

Souvent, les auteurs présentent comme effet de la séparation ce qui est en réalité effet du mariage. La séparation de fait crée un nouveau cadre dans lequel diverses obligations des époux doivent continuer de s'exécuter, mais dans des conditions nouvelles. Elle ne crée pas l'obligation d'éduquer les enfants, ni celle de procurer à l'époux dans le besoin les choses nécessaires à sa subsistance, mais elle conditionne la façon de s'en acquitter.

Il faut cependant reconnaître que la situation des époux qui font vie séparée est un fait juridique. En plus des incidences que ce fait peut avoir sur les modalités d'exécution de certaines obligations, il produit des effets de droit, notamment diverses sanctions encourues par le conjoint responsable de la séparation.

1. *Effets de la séparation conventionnelle.*

Paradoxalement, la séparation de fait qui résulte de l'accord des parties est celle qui produit le plus de désaccord parmi les juristes, du moins sur le plan théorique. C'est donc celle que nous allons étudier en premier lieu.

De même qu'à côté du mariage il y a l'union libre, en marge du divorce ou de la séparation de corps il y a la désunion libre, sorte de séparation «déjudicialisée». Quelques réflexions sur l'union libre nous feront mieux comprendre ce qu'est la désunion libre ou séparation de fait conventionnelle.

Si on l'appelle «union libre», c'est qu'elle se réalise par le seul consentement des parties. Celles-ci n'ont pas à se préoccuper des conditions relatives à la capacité de contracter mariage, ni de la publication des bans, ni des formalités de célébration et d'inscription dans les registres de l'état civil. Le législateur ne condamne pas expressément l'union libre, mais il ne cherche pas à l'encourager, gardant plutôt ses attentions et ses faveurs pour l'institution du mariage. Il tourne le dos au couple qui refuse de s'engager dans la voie qu'il a tracée selon sa conception de l'intérêt de la famille et de la société. Ceux qui préfèrent emprunter la voie de l'union libre le font à leurs risques et périls. Dans l'espoir de les en détourner, le législateur ne s'est guère soucié de les protéger⁴; c'est un *vacuum juridique* presque complet. Comme l'union libre est aussi dite «irrégulière», le législateur ne fait pas obstacle à quiconque veut sortir de cette irrégularité. Par conséquent, la séparation de fait conventionnelle par laquelle un couple entend mettre fin à une union libre est parfaitement valide. La volonté des parties, qui a suffi à fonder l'union de fait, suffit également à sa dissolution. Il n'en faut même pas tant. La volonté d'un seul suffit à y mettre fin, car nul ne peut être contraint de poursuivre l'union irrégulière qu'il avait contractée.

⁴ Cependant, la loi accorde parfois des droits aux partenaires de l'union libre, par ex. *Loi sur la pension de la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-36, art. 13, par. (4).

Si la séparation de fait qui met fin à une union libre ne soulève aucune difficulté sérieuse, il n'en est pas ainsi de la séparation de fait qui s'attaque à une union légitime. Toute la différence vient de ce que le mariage est une institution réglemantée par le législateur. N'y entre pas qui veut, aux conditions qu'il veut; et n'en sort pas qui veut de la manière qu'il veut. La loi en réglemant l'entrée et la sortie; la seule liberté qu'on a est de ne pas y entrer. Le mariage est comme une autoroute; une fois passé le poste de péage, on n'en peut sortir qu'à des endroits spécialement aménagés. À l'extrémité il y a la sortie obligatoire: le décès de l'un des époux. Certains préfèrent bifurquer plus tôt. Ils ont le choix entre trois autres sorties sous contrôle judiciaire: la nullité du mariage, le divorce et la séparation de corps⁵. La dernière n'est qu'une fausse sortie, une sorte de voie de service, mais elle libère de l'obligation de cohabiter. Certains époux voulant échapper à ce contrôle judiciaire se frayent une autre voie: c'est la séparation de fait dite conventionnelle.

Cette convention de séparation de fait est-elle valide? On la considère généralement comme illégale et contraire à l'ordre public⁶. On invoque à l'appui de cette opinion le caractère institutionnel du mariage, les dispositions prohibant la séparation de corps uniquement fondée sur le consentement mutuel des époux⁷ ou sur une confession de jugement⁸, et la loi qui prohibe le divorce uniquement fondé sur le consentement ou l'admission de l'intimé⁹.

De toute évidence, le législateur ne veut pas que les tribunaux accordent des divorces ou des séparations de corps fondés sur le seul consentement mutuel des époux. Mais les exigences strictes de la loi en matière de divorce et de séparation de corps ne doivent pas nécessairement s'appliquer à la séparation de fait dont les conséquences juridiques ne sont pas aussi radicales. Depuis quelques années, on devient plus tolérant à l'égard des conventions de séparation. Quelques auteurs sont d'avis que la séparation de fait conventionnelle serait valide, sauf que l'une ou l'autre des parties pourrait y mettre fin à volonté¹⁰. De même que les concubins ne peuvent renoncer au droit de rupture¹¹, les époux séparés de fait ne peuvent renoncer au droit de reprendre la vie commune. L'ordre public exige-t-il que des époux qui ont des raisons de ne plus vivre ensemble et qui ont même des motifs de divorce ou de sépara-

⁵ On pourrait y ajouter la séparation de résidence que le juge peut accorder à la femme pour elle et ses enfants dans l'intérêt de la famille (C.c. art. 175 al. 2 et 3).

⁶ *Traité de dr. civ. du Québec*, t. 1 par. G. TRUDEL, p. 500; P. AZARD et A.-F. BISSON, *Droit civil québécois*, t. 1 n. 139 p. 229; *Desbarats c. Laterrière*, (1846) 1 R. de L. 417, à la p. 468 (C. d'A.) ou 16 R.L. 542; *Lafontaine c. Poulin*, (1912) 18 R.L. n.s. 378; *Beauchamp c. Noël*, 1944 R.L. 206, 209; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2 par A. ROUAST, 2^e éd. 1952, n. 364, p. 286. *Séparation et divorce*, ministère de la justice, service de l'information, Québec, 1975, p. 3: «Cette séparation de fait n'a aucune valeur légale, puisque les parties ne passent pas par la Cour.»

⁷ C.c. art. 186.

⁸ C.p.c. art. 813.

⁹ *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 9 (1) (a).

¹⁰ P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 2 p. 4 (note b); R. COMTOIS, *Jurisprudence*, (1972-73) 75 R. du N. 253, 255; R. SAVATIER, *Les Conventions de séparations amiables entre époux*, 1931 *Rev. trim. dr. civ.*, p. 535, 537; H. RICHARDOT, *Les pactes de séparation amiable entre époux*, Dalloz 1930, p. 462.

¹¹ Nicole JEANMART, *Les effets civils de la vie commune hors mariage*, Bruxelles, 1975, p. 305.

tion de corps soient obligés d'entamer une poursuite judiciaire, d'aggraver ainsi leur traumatisme psychologique, d'accroître leur antagonisme, de détruire leur union de façon plus complète et plus définitive, plutôt que d'en venir à une entente provisoire qui favoriserait une réconciliation éventuelle¹²?

La séparation de fait apparaît en certaines circonstances comme une manière plus élégante, plus discrète, moins fracassante et moins définitive d'interrompre une vie commune devenue intolérable ou sur le point de devenir. Elle peut être une pause salutaire en période de crise conjugale; avant que la rupture ne devienne irréparable, une cure d'éloignement guérira peut-être l'irritation extrême d'une vie conjugale tourmentée. Si c'est une illégalité, ce dont il est permis de douter, ce peut être une illégalité bien-faisante, une mesure de sauvetage *in extremis* susceptible de prévenir une rupture définitive. Et si la blessure est incurable, c'est encore un moyen de s'en assurer. À une époque où les jeunes pratiquent le mariage à l'essai, il serait peut-être logique de permettre la séparation à l'essai (ce que Maury appelle «l'apprentissage de la solitude») pour éviter que les époux y recourent prématurément et plus définitivement par la voie des tribunaux.

Maintenant que le divorce peut s'obtenir sans grande difficulté, le temps des croisades contre la séparation de fait est révolu. Selon la juste observation d'un auteur, «le droit ne peut s'épuiser à lutter indéfiniment contre les faits¹³». Il ne peut garder beaucoup plus longtemps des rigueurs inutiles à l'égard de la séparation de fait à laquelle tant de couples ont recours.

L'important, il me semble, est de ne pas reconnaître à la séparation de fait un caractère d'irrévocabilité. C'est un arrangement précaire auquel les époux peuvent mettre fin par dénonciation unilatérale. De même qu'une société dont la durée n'est pas fixée ou peut être dissoute au gré d'un associé¹⁴, la désunion conventionnelle des époux peut prendre fin au gré de l'un d'eux.

La théorie de la nullité de la convention de séparation amiable et celle de sa validité sujette à dénonciation unilatérale mènent la plupart du temps au même résultat pratique. Que la convention des époux de vivre séparément soit nulle ou qu'elle soit valide mais révocable à volonté, elle sera respectée aussi longtemps que l'une des parties ne changera pas d'idée. Cependant, à cette convention se greffent plusieurs pactes relatifs à la pension alimentaire, à l'usage des meubles et à la garde des enfants. Ceux qui tiennent que la convention de séparation est absolument nulle estiment que les pactes annexes propices au maintien d'une situation illégale sont également nuls¹⁵. Par consé-

¹² La convention entre époux de vivre séparément pendant douze mois peut être une démarche en vue d'une réconciliation ultérieure, mais on ne peut l'invoquer comme preuve de réconciliation: *Dame Galna McNeece c. McCord*, (1923) 29 R.L. n.s. 454.

¹³ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, 1962, t. 1. p. 463.

¹⁴ C.c. art. 1895.

¹⁵ *Desbarats c. Laterrière*, (1846) 1 R. de L. 417 ou 16 R.L. 542; Civ. 14 juin 1882, D.P. 83.1.248; Civ. 2 janv. 1907, D.P. 07.1.137 ou S. 11.1.585.

quent, ils permettent au mari qui a consenti à la séparation de fait de ne pas respecter, même pour le passé son engagement de payer à sa femme une pension alimentaire¹⁶.

Cette exagération a son utilité, car elle nous oblige à serrer la réalité de plus près et à mieux apercevoir le nœud du problème. L'obligation de faire vie commune leur étant imposée par la loi, les époux ne peuvent pas s'en dispenser, s'en libérer mutuellement. Par contre, lorsqu'ils décident ensemble de ne plus exécuter cette obligation, rien ne les empêche de déterminer à l'avance les modalités d'exécution de leurs autres obligations qu'ils entendent respecter. La séparation de fait amiable n'a pas besoin de convention, mais la situation qu'elle crée rend éminemment utile une entente quant à la pension et quant à la garde des enfants. Les clauses qui apparaissent comme des accessoires d'une convention de séparation sont l'objet véritable de la convention; la séparation elle-même est l'occasion, plutôt que l'objet de la convention. L'obligation de secours et assistance doit nécessairement se transformer en une obligation de payer une pension alimentaire, «inéluçtable dessèchement d'un devoir qui, dans un ménage normal, est autant constitué de soins personnels que de contribution proprement patrimoniale¹⁷».

La façon dont la convention est rédigée est souvent trompeuse:

Les parties conviennent de vivre séparément. Le mari paiera à la femme qui a la garde des trois enfants la somme de X dollars par mois à titre de pension alimentaire..., etc.

La véritable nature et le véritable objet de cette convention apparaîtraient plus clairement si on s'exprimait avec la franchise et la candeur de la formule suivante:

Les parties, tout en sachant que la loi les oblige à cohabiter et qu'aucune convention ne peut les libérer de cette obligation, constatent leur intention de ne pas la respecter.

Cette violation volontaire de leur obligation de cohabiter va créer certains problèmes relatifs à l'éducation des enfants et d'autres problèmes matériels, qu'elles entendent régler de la façon suivante: la femme conservera l'usage du logement qu'elle occupe; elle aura la garde des trois enfants; le mari paiera à la femme la somme de X dollars par mois à titre de pension alimentaire..., etc.

Sans doute, les époux ne peuvent se donner quittance réciproque de leur obligation de cohabiter; la loi réserve aux tribunaux le pouvoir de les relever de cette obligation contractée par mariage. Par contre, personne ne peut les forcer à vivre ensemble. Quand les époux se séparent de fait, ce que personne ne peut empêcher, l'exécution de leurs autres obligations, comme celles d'élever leurs enfants et de se procurer les choses nécessaires à la vie, doit se faire

¹⁶ *Beauchamp c. Noël*, 1944 R.L. 206, à la p. 209: «Considérant que la réclamation que la défenderesse fait valoir au montant de \$300 pour un an de pension qui lui serait due en vertu dudit écrit ne peut être maintenue parce qu'elle est basée sur un contrat illégal.» Contra: *Bilodeau c. Chartrand*, (1913) 20 R. de J. 563, 578.

¹⁷ J. MAURAY, *La séparation de fait entre époux*, 1965 *Rev. trim. dr. civ.* 514, 527 (n. 17).

dans des conditions nouvelles et plus difficiles. Il est alors dans l'intérêt public et dans celui des époux que ces derniers s'entendent sur les modalités de s'en acquitter¹⁸. Les époux vivant ensemble ont le devoir de s'entendre pour tout ce qui a trait à l'éducation des enfants et à leur contribution respective aux charges du mariage. Le devoir de s'entendre entre eux à ce sujet survit à leur séparation, qui le rend même plus impérieux. Certes, le droit à la pension alimentaire vient de la loi et non de la convention, mais la valorisation conventionnelle du droit alimentaire est normale et désirable. Un grand nombre de jugements accordant une pension alimentaire sont fondés sur une convention ou un arrangement entre époux¹⁹. Les juges estiment que pareille convention est généralement un guide sûr pour déterminer les obligations réciproques des époux et leurs devoirs envers leurs enfants.

Avant 1968, comme les divorces accordés par des lois spéciales du Parlement mettaient fin à l'obligation alimentaire découlant du mariage, les époux séparés de fait qui sollicitaient un divorce faisaient souvent une convention dans laquelle le mari s'engageait à payer une pension alimentaire à sa femme avant et après le divorce. Cette créance conventionnelle créée pendant la séparation de fait a été sanctionnée par nos tribunaux²⁰.

Le droit des époux séparés de fait de régler par convention les problèmes relatifs à la garde des enfants et à la pension alimentaire n'assure pas infailliblement la validité de cette convention. Celle qui mettrait en péril les intérêts des enfants ou le droit d'un époux à une assistance pécuniaire raisonnable pourrait être déclarée nulle comme toute renonciation à un droit inaliénable²¹. De plus une convention de cette nature, même si elle est parfaitement valide au moment où elle est faite, demeure toujours sujette à révision; l'intérêt des enfants, les besoins des créanciers alimentaires ou la faculté de payer du débiteur alimentaire varient selon les circonstances, de sorte qu'en tenant compte des arrangements qui étaient convenables à l'époque où ils ont été conclus et des changements intervenus depuis, les époux doivent être prêts à rajeunir leur entente, à la mettre à jour. La convention des parties relative à la pension alimentaire et à l'éducation ou à la garde des enfants ne peut avoir un caractère définitif, puisque les jugements de cour portant sur les mêmes sujets sont eux-mêmes sujets à révision²². Les faits qui peuvent justifier la révision sont nombreux. Le concubinage de l'épouse

¹⁸ *Jourdain c. Dame Bradette*, 1968 B.R. 604, à la p. 606: «... il n'est pas permis aux conjoints de se dispenser réciproquement de l'obligation de faire vie commune, avec ce que cela comporte. La convention doit donc être tenue pour nulle dans la mesure où elle vise à modifier les obligations que la loi impose aux époux.»

¹⁹ Dans une requête en divorce entendue *ex parte*, la convention produite par le mari requérant, dans laquelle ce dernier s'engageait à payer une pension alimentaire à l'intimée, a été considérée comme une demande reconventionnelle de la femme et entérinée par le tribunal: *Marcotte c. Marcotte*, 1973 R.P. 120.

²⁰ *Stevens c. Stevens*, 1975 C.A. 113.

²¹ *Létourneau c. Fortier*, 1975 C.S. 308; *Ménard c. Ricard*, 1974 C.A. 157. Il semble qu'en Ontario, la renonciation à toute pension alimentaire pendant la séparation de fait serait valable: *Dame May c. Mayer*, 1970 R.P. 30 (*obiter dictum*). Voir cependant M. PICHER, *The Separation Agreement as an Unconscionable Transaction*, (1972) 1 R.F.L. 257.

²² C.c. art. 170 et 213; *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11 (2).

séparée de fait n'éteint pas nécessairement son droit à la pension que son mari s'est engagé à lui payer; mais, si elle reçoit de son concubin une assistance pécuniaire, la pension payée par le mari devrait être diminuée ou supprimée²³.

À l'occasion d'une séparation de fait, il arrive que les époux règlent les dettes qu'ils peuvent avoir l'un envers l'autre. Ces dettes peuvent résulter de leurs apports respectifs aux charges du mariage pendant qu'ils ont vécu ensemble. Le Code civil prévoit à l'article 1266-q une entente entre époux pour déterminer la part contributive de chacun aux charges du ménage. Si la part contributive de l'un a excédé ce qu'elle devait être, l'autre peut lui en rendre compte et s'engager valablement à lui rembourser l'excédent²⁴. Celui qui a administré les biens de son conjoint est comptable des fruits non consommés (C.c. art 181) et la séparation de fait est une occasion tout indiquée pour en rendre compte.

La séparation de fait est souvent une situation provisoire qui précède le divorce; elle y mène naturellement. Certains arrangements pécuniaires ont pour condition l'obtention du divorce, de sorte que le refus du divorce ou la cessation de la poursuite pour cause de décès peut entraîner la caducité de ces arrangements²⁵.

Les parties ne peuvent évidemment, à l'occasion d'une convention de séparation de fait, modifier leur régime matrimonial ou leurs conventions matrimoniales. Elles doivent respecter sur ce point les règles énoncées aux articles 1265 et 1266 du Code civil.

Même ceux qui tiennent pour nulle la convention des époux de ne plus cohabiter doivent lui reconnaître un certain effet. Aussi longtemps qu'il n'a pas dénoncé cette convention, un des époux ne peut se plaindre de ce que l'autre s'est conformé à l'entente et s'est abstenu de faire vie commune. Il ne peut lui reprocher l'illégalité à laquelle il a lui-même consenti et qu'il a pour ainsi dire organisée²⁶.

La convention non révoquée de vivre séparément, qui empêche un époux de se plaindre de l'éloignement de son conjoint, ne l'empêche cependant pas de se plaindre de son adultère, même quand l'éloignement convenu l'a provoqué. L'adultère, fut-il facilité par la séparation de fait, reste une cause de séparation de corps²⁷ et de divorce²⁸. Même l'introduction d'une demande de divorce ne confère aux époux aucune immunité quant aux manquements à leur devoir de fidélité²⁹. Cependant, celui qui aurait autorisé ou incité son conjoint à vivre maritalement avec un tiers pourrait difficilement se

²³ Comparer: Montpellier, 17 fév. 1955, D.H. 1956.256.

²⁴ *Dame Desrosiers c. Desrosiers*, 1972 C.S. 503.

²⁵ *Hébert c. Maheu*, C. d'appel de Montréal, dossier 09-000384-73 (jugement du 21 janv. 1976).

²⁶ P. AZARD et A.-F. BISSON, *op. cit.*, t. 1, n. 139 p. 230.

²⁷ Code civil art. 187 et 188.

²⁸ *Loi sur le divorce*, art. 3 par. (a).

²⁹ Cass., 2^e ch. civ., D. 1974.3.

plaindre d'avoir été trompé selon son propre dessein: *volenti non fit injuria*³⁰. Accorder un divorce pour un adultère commis avec la connivence des époux permettrait de contourner la prohibition du divorce par consentement mutuel.

L'époux qui convient de se séparer ne peut donc se plaindre de ce que l'autre ne fait plus vie commune avec lui. Cependant, quand la séparation conventionnelle a duré au moins trois ans, il peut l'invoquer comme cause de divorce, car cette situation de fait établit «que leur mariage a subi une rupture définitive³¹». Il est vrai que le divorce a pour cause immédiate la séparation de fait prolongée, mais la convention de séparation en est la source. D'une certaine façon, la loi reconnaît donc le divorce par un consentement mutuel persistant.

La séparation véritablement conventionnelle donne lieu au divorce après trois ans, non pas après les cinq ans prévus à l'article 4 (1) (e) (ii). En effet, c'est l'abandon unilatéral imposé par un conjoint à l'autre (*desertion*) qui est visé par cette disposition; il ne s'agit pas d'une sorte d'abandon réciproque consenti par les deux époux. Toutefois, une convention dite de séparation, qui est en réalité une convention relative à la garde des enfants ou à la pension alimentaire, peut se rattacher à une séparation imposée par un époux déserteur. Celui-ci invoquerait en vain cette convention pour établir que la séparation a été volontaire.

2. Effets de la séparation imposée unilatéralement.

La séparation *de facto* ne se fait pas toujours en douceur. Au lieu d'être voulue par les deux conjoints, elle peut être la conséquence d'une décision unilatérale de l'un d'eux. Cette rupture évite le problème délicat de la validité des conventions de séparation; par contre, elle en soulève bien d'autres.

Il peut arriver qu'à la suite d'une séparation de fait conventionnelle ou d'un éloignement fortuit et provisoire, l'un des époux veuille reprendre la vie commune. Si l'autre s'y refuse sans motif légitime, il y a abandon fautif. À la cause de séparation, qui était à l'origine le consentement des deux parties, s'est substituée la volonté unilatérale de l'une d'elles. La séparation conventionnelle donnait à chacun des époux le droit de demander le divorce après trois ans; le refus de l'un d'eux de mettre fin à cette séparation volontaire constitue de sa part un abandon conjugal, de sorte que son droit au divorce sera désormais soumis à une séparation de cinq ans. Inversement nous le verrons plus loin, lorsqu'après un abandon par l'un des époux tous deux tombent d'accord pour vivre séparément, même pour l'ex-déserteur la durée de la séparation justifiant un divorce pourrait passer de cinq à trois ans. Cette convention de séparation mettrait fin à l'abandon antérieur et marquerait le

³⁰ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de dr. civ. fr.* (2^e éd. 1952) t. 2 par A. ROUAST, n. 509 bis, p. 390. Comparer: H.A. HUBBARD (1956) 34 *Can. Bar Rev.* 425, à la p. 439 (note 26) et p. 450 (note 35); *Godfrey c. Godfrey*, (1964) 3 All E.R. 154 ou 3 W.L.R. 524 (H. of L.).

³¹ *Loi sur le divorce*, art. 4 (1) (e) (i) et art. 4 (2).

début d'une vie séparée dont la persistance pendant trois ans donnerait droit au divorce³².

Même quand la séparation de fait est décidée unilatéralement dès le début, il n'est pas toujours facile de déterminer celui des époux à qui la rupture est imputable. Le déserteur n'est pas toujours celui qui a quitté le domicile conjugal, car on a pu l'y forcer en lui rendant la vie intolérable. Il s'agit avant tout de déterminer celui qui est responsable de la séparation de fait. Comme on l'a déjà observé, «Il n'y a pas de différence substantielle entre le cas de l'époux qui désire cesser la vie commune et quitte son conjoint et celui de l'époux qui, avec la même intention, se conduit de façon à forcer son conjoint à le quitter³³». Ainsi, quand le mari garde sa concubine au foyer conjugal³⁴ ou de toute autre manière traite sa femme de façon à lui rendre la vie intolérable, c'est lui le déserteur plutôt que l'épouse moralement expulsée³⁵. Bref l'époux abandonné est celui qui est injustement forcé de quitter le domicile conjugal ou celui dont le conjoint quitte ce domicile sans motif raisonnable.

L'époux qui doit quitter son conjoint pour obtenir une séparation de corps ou qui le quitte selon un jugement de séparation de corps ne se rend pas coupable d'un abandon (*desertion*) au sens qu'a ce mot à l'article 4 (1) (e) (ii) de la *Loi sur le divorce*. L'abandon est une faute conjugale que l'époux ne commet pas quand il exerce de bonne foi son droit d'aller vivre ailleurs³⁶. Par conséquent, il devient facile d'obtenir un divorce trois ans après une séparation de fait, après un jugement autorisant les époux à vivre séparément pendant l'instance en séparation de corps ou après un jugement de séparation de corps³⁷. Bien sûr il faut alléguer et prouver qu'effectivement les parties ne se sont pas réconciliées et ont vécu séparément selon leur convention ou le jugement rendu³⁸.

Tout comme la séparation de fait prise au sens restreint de l'expression, l'abandon comporte l'élément physique d'une séparation et l'élément intentionnel, l'*animus deserendi*³⁹, c'est-à-dire l'intention de délaisser son conjoint sans excuse légitime⁴⁰. L'*animus deserendi* comporte l'*animus separandi* ou

³² *Infra* b) *Reeves c. Reeves* (juge Stewart, Ont., le 6 janv. 1969) décision cité par J. PAYNE, *Cases on Divorce* (1970) p. 53.

³³ M. le juge Lajoie dans *Provençal c. Leclerc*, 1974 C.A. 27, à la p. 29; commentaire M. RIVET, *Quelques notes sur le concept d'abandon en matière de divorce*, (1973) 14 C. de D. 677. Voir M.K. MASTER, *Section 4 (1) (e) of the Divorce Act*, (1971) 2 R.F.L. 1, à la p. 12: *Constructive Desertion*.

³⁴ *Gadbois c. Bonnier*, (1861) 5 L.C.J. 257; *Kostrakewich c. Kostrakewich*, (1969) 2 D.L.R. 277 (Ont. H.C.); femme qui garde son concubin chez elle pendant l'hospitalisation du mari.

³⁵ *Gravel c. Lahoulière*, (1905) 14 B.R. 385; *Samson c. Lemelin*, (1892) 2 C.S. 190; *Conlan c. Clarke*, (1881) 25 L.C.J. 90 (C. d'appel); MIGNAULT, *op. cit.*, t. 1, p. 500.

³⁶ M. GUMBERT, *Cruelty, Desertion and Separation*, (1969) R. du B. 210, à la p. 221.

³⁷ *Baril c. Trudeau*, C.A. Québec, n. 09-000042-75, jugement du 17 déc. 1976 infirmant 1975 C.S. 305; *Noël c. Dame Fortin*, C.A. Québec, n. 09-000385-762, jugement du 16 août 1977; *Lemmetti c. Gauthier*, 1975 C.A. 576.

³⁸ *Desmeules c. Dame Bolduc*, 1972 C.S. 151, à la p. 152.

³⁹ *Kostrakewich c. Kostrakewich*, (1969) 2 D.L.R. (3d) 277, à la p. 279 (Ont. H.C.).

⁴⁰ *Provençal c. Leclerc*, 1974 C.A. 27.

*animus separationis*⁴¹, tandis que l'inverse n'est pas exact; l'on peut avoir l'intention de se séparer de son conjoint, sans avoir l'intention de l'abandonner vu qu'il consent lui-même à la séparation.

Un départ du domicile conjugal en raison d'une force majeure peut aboutir éventuellement à un abandon. Celui qui a dû quitter pour être hospitalisé peut abandonner son conjoint en refusant de retourner vivre avec lui⁴². De la même façon, la personne dont le conjoint a dû être hospitalisé peut l'abandonner en installant son concubin au domicile conjugal rendant ainsi moralement impossible le retour du malade après sa guérison⁴³.

Quitter le domicile conjugal est parfois la seule mesure d'autodéfense à la disposition d'un conjoint maltraité ou contraint de vivre dans un logement insalubre⁴⁴. Il est vrai que la femme peut maintenant s'adresser à un juge de la Cour supérieure pour se faire autoriser à avoir une résidence séparée lorsque celle choisie par le mari représente des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral (C.c. art. 175). La nouvelle disposition du Code civil empêche-t-elle la femme de quitter le domicile sans autorisation judiciaire? J'hésiterais à l'affirmer. L'autorisation du tribunal offre à la femme l'assurance qu'on ne pourra lui reprocher le fait qu'elle a quitté la résidence choisie par le mari; mais le défaut de s'être adressée au tribunal ne l'empêcherait pas plus tard de justifier son absence de la résidence familiale. Du reste, la vie au domicile conjugal peut être intolérable à cause des injures du mari⁴⁵ ou de la présence imposée des beaux-parents⁴⁶ et non pas à cause de la résidence même.

On comprend facilement que la loi soit plus favorable à l'époux abandonné qu'à l'époux déserteur. Nous examinerons les droits du premier avant de voir ceux du second.

a) *Les droits du conjoint abandonné et les sanctions contre le déserteur.*

L'époux déserteur s'expose à des sanctions tant en droit pénal qu'en droit privé. Il risque de se retrouver devant les tribunaux de juridiction pénale s'il omet, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, de fournir à sa femme ou à son enfant de moins de seize ans les choses nécessaires à leur existence. Le principe de l'égalité des époux exigera peut-être qu'on amende la formule discriminatoire de l'article 197 du Code criminel:

1. Toute personne est légalement tenue

a) ...

b) à titre de mari, de fournir les choses nécessaires à l'existence de son épouse...

⁴¹ *Lindbald c. Lindbald*, (1973) 9 R.F.L. 201.

⁴² *Dame Williams c. Rousseau*, 1971 C.S. 794.

⁴³ *Kostrakewich c. Kostrakewich*, (1969) 2 D.L.R. (3d) 277 (Ont. H.C.).

⁴⁴ *Janvey c. Cree*, (1895) 8 C.S. 19.

⁴⁵ *Ouimet c. Dame Mainville*, (1926) 40 B.R. 432.

⁴⁶ Civ. 20 nov. 1860, D.P. 1861.1.305.

L'égalité dans l'interdépendance des époux pourrait apparaître plus clairement⁴⁷.

Observons que le droit pénal ne punit pas le déserteur pour son refus de cohabiter, mais bien pour sa négligence à procurer à son conjoint, de même qu'à ses enfants, ce qui est nécessaire à leur subsistance. Cependant, la séparation de fait crée une situation propice à l'infraction prévue.

Comme l'emprisonnement du déserteur n'apporte guère de soulagement à l'époux abandonné, on aura plus souvent recours aux sanctions extrêmement variées qu'offre le droit privé et dont nous ferons une brève revue. Nous nous demanderons d'abord s'il est possible d'avoir recours à la contrainte physique pour forcer le déserteur à réintégrer le toit familial. Il fut un temps où cela se faisait du moins à l'égard de l'épouse. Sous le régime français, on rendait des ordonnances autorisant le mari à employer la force pour contraindre sa femme à réintégrer le domicile conjugal⁴⁸. Encore au début du siècle, le mari obtenait jugement ordonnant à la femme de retourner vivre avec son mari⁴⁹; celle-ci pouvait être emprisonnée à la suite d'une «règle nisi» pour ne pas s'être conformée à l'ordre du tribunal⁵⁰. Ces procédures sont maintenant considérées désuètes et inconvenantes⁵¹. Le principe d'égalité du mari et de la femme rend impraticable un retour à ces rigueurs anciennes.

Plutôt que d'exercer une contrainte physique contre le délinquant, on peut recourir à des sanctions d'ordre moral ou économique: séparation de corps, divorce, privation de la garde des enfants, privation d'assistance pécuniaire ou demande de pension alimentaire, privation des meubles du ménage, séparation de biens, révocation des donations et action en dommage-intérêts.

Le refus de cohabiter n'est pas une cause péremptoire de séparation⁵², mais il peut constituer une injure grave qui est un motif de séparation de corps. L'expulsion du domicile et la désertion peuvent aussi, selon les circonstances, constituer une injure grave à l'égard de l'époux expulsé ou abandonné. Si le déserteur vit en concubinage, son adultère ajoute à la gravité de l'injure, tout en donnant à son époux abandonné et trompé un double motif de séparation⁵³.

⁴⁷ Il est vrai qu'en vertu du sous-paragraphe (c) du même article, la femme pourrait être accusée de n'avoir pas fourni les choses nécessaires à l'existence d'une personne «à sa charge», dans l'hypothèse où l'on établirait que son mari est une personne à sa charge.

⁴⁸ Par ex. Ordonnance du 6 juillet 1708 de l'intendant Jacques Raudot enjoignant à la femme de Laverdure de retourner chez son mari et permettant audit Laverdure de la reprendre partout où il la retrouvera: E.-Z. MASSICOTTE, *Répertoire des arrêts, édits, etc... conservés dans les archives du Palais de Justice de Montréal*, 1640 — 1760 (1919) p. 69.

⁴⁹ *Sansfaçon c. Poulin* (1887) 13 Q.L.R. 53: sous peine de perdre ses avantages matrimoniaux.

⁵⁰ *Robinson c. Gore*, (1910) 11 R.P. 179.

⁵¹ P. AZARD et A.-F. BISSON, *op. cit.*, n. 83, p. 125; Jean PINEAU, *La famille* (dans *Traité élémentaire de dr. civ.*) n. 189, p. 171; E. DELEURY et M. RIVET, *La famille*, Université Laval, 1972, p. 69; G. TRUDEL, t. 1 du *Traité de droit civil du Québec*, p. 501. Comparer en droit français: H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, n. 1078; Cass. 1ère civ. 24 oct. 1973, D.S. 1975.J.724.

⁵² *Quimet c. Dame Mainville*, (1926) 40 B.R. 432.

⁵³ *V c. V.*, 1954 R.L. n.s. 475; *contra*: Paris, 27 juin 1963, S. 1964.J. 187.

Le refus de cohabiter peut-il être une cause de divorce? La *Loi sur le divorce* ne le dit pas expressément. Il est vrai qu'elle accorde le divorce à celui qui a été traité «avec une cruauté physique ou mentale qui rend intolérable la continuation de la cohabitation des époux⁵⁴». On peut opposer à cela que tout refus de cohabiter ne constitue pas un acte de cruauté⁵⁵; de plus, le refus de cohabiter, même s'il est cruel, ne rend pas intolérable la continuation de la cohabitation, il la rend plutôt impossible. Pourtant le refus de partager la même chambre a déjà été considéré comme un acte de cruauté mentale justifiant le divorce⁵⁶: il serait étrange qu'un refus plus global, celui de vivre sous le même toit, ne puisse conférer le même recours. En ajoutant les mots «qui rendent intolérable la continuation de la cohabitation des époux», notre législation a pu vouloir non pas restreindre mais élargir la notion de cruauté connue en *common law*, notion qui supposait une atteinte à la santé de la victime⁵⁷. En somme, tout acte de cruauté, même s'il n'affecte pas la santé du conjoint, serait cause de divorce pourvu qu'il rende intolérable la continuation ou la reprise de la cohabitation.

En dépit de ces arguments, certains s'en tiendront à une interprétation plus restrictive de la *Loi sur le divorce*; ils diront que l'abandon (*desertion*) ou le refus de cohabiter, même dans les circonstances qui le rendent cruel, ne donne pas immédiatement à l'époux délaissé le droit de demander le divorce; il lui faudrait attendre d'avoir vécu séparé pendant au moins trois ans, vu l'article 4 (1) (e) de la *Loi sur le divorce*.

La séparation qui résulte d'un abandon comporte, de la part du déserteur, l'élément intentionnel qui est essentiel à la séparation de fait dont nous traitons⁵⁸. Il ne me paraît pas douteux que l'époux abandonné a droit au divorce quoique lui-même n'ait pas eu l'*animus separandi* pendant toute cette période de trois ans. Mais l'on peut se demander si la séparation mentionnée à l'article 4 (1) (e) (i) qui ne résulterait pas d'un abandon doit nécessairement comporter l'élément intentionnel (*animus separandi*) pendant la période de trois ans ou si la simple séparation physique suffit.

La difficulté se perçoit mieux au moyen d'un cas concret. Atteint d'aliénation mentale, un mari est interné dans un hôpital psychiatrique. Lui n'aspire qu'à retourner au foyer; elle espère qu'il reviendra guéri, de sorte qu'au début aucun d'eux n'a l'*animus separandi*. En effet, l'intention de mettre fin au lien matrimonial n'apparaît généralement pas dès le premier jour d'hospitalisation. Mais voilà qu'après trois ans de cette séparation physique, la femme perd courage. Peut-elle immédiatement demander le divorce pour le seul

⁵⁴ *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 3 par. d.; M. GUMBERT, *Cruelty, Desertion and Separation*, (1969) *R. du B.* 210, à la p. 220: «... the concept (of desertion) exists disguised in section 3 (d) as *cruelty*.»

⁵⁵ *Paradis c. Auger*, 1973 C.S. 1034.

⁵⁶ *Besner c. Brunet*, 1975 C.S. 712.

⁵⁷ E. DELEURY et M. RIVET, *op. cit.* p. 154; M. GUMBERT, *Cruelty, Desertion and Separation*, (1969) *R. du B.* 210, 213; S. SKELLY, *Divorce Reform a Reality*, (1969) 10 *C. de D.* 85, à la p. 91.

⁵⁸ *Supra* I.

motif que depuis trois ans elle et son mari «ont vécu séparés l'un de l'autre» (*have been living separate and apart*)? Les avis sur ce point sont partagés.

Une interprétation restrictive de l'article 4 (1) (e) exige que l'intention de ne plus reprendre la vie commune se soit ajoutée depuis au moins cinq ans ou trois ans à la séparation physique. Un grand nombre de décisions favorisent cette interprétation⁵⁹. Les visites faites au conjoint hospitalisé seraient un indice qu'il n'y a pas encore rupture définitive du mariage et que l'élément intentionnel, indispensable à la véritable séparation, fait défaut. Lorsqu'une personne cesse de visiter son conjoint hospitalisé, c'est à partir de ce moment qu'elle pourrait avoir l'*animus separandi*; ce serait aussi le point de départ d'un abandon qui, après cinq ans, donnerait droit au déserteur de requérir le divorce⁶⁰.

La rigueur de cette interprétation a été quelque peu adoucie par diverses décisions. On a d'abord reconnu que des visites occasionnelles faites par acquit de conscience ou le paiement de certains frais médicaux peuvent s'expliquer autrement que par le désir ou la volonté de maintenir le lien matrimonial, surtout si l'intention de le considérer comme rompu a été manifesté antérieurement⁶¹. Le législateur n'a sûrement pas voulu qu'un époux perde momentanément son droit au divorce pour n'avoir pas refusé tout support moral ou pécuniaire au conjoint affligé d'une maladie incurable⁶². On a aussi observé qu'il n'était pas nécessaire que l'*animus separandi* ait existé chez les deux conjoints; l'acte unilatéral de l'abandon suffit et il importe peu que la partie abandonnée ne l'ait pas ou ne puisse l'avoir à cause de son état mental⁶³. Enfin, on a décidé que le fait de ne plus vouloir maintenir le lien conjugal avec un conjoint hospitalisé pour maladie incurable ne constitue pas un abandon⁶⁴, de sorte que le conjoint de l'époux hospitalisé pourrait demander le divorce après avoir été séparé pendant trois ans tout en sachant

⁵⁹ *Vargato c. Malevsky*, C.A. Montréal, n. 09-000118-73, arrêt du 28 juin 1977 (noter cependant que dans cette affaire les époux avaient repris la vie commune pendant un certain temps durant les trois années précédant la requête en divorce); *Baril c. Trudeau*, 1975 C.S. 305, à la p. 306 (infirme); *Sternlicht c. Dame Seigel Sternlicht*, C.S. Montréal n. 6423, jugement du 22 décembre 1969: «The fact of physical separation *per se* without any manifestation of an intent to live separate and apart during the required period is not a ground for divorce»; *Burt c. Burt* (1972) 24 D.L.R. (3d) 494; *Dorchester c. Dorchester* (1971) 19 D.L.R. (3d) 126 (B.C.S.C.); *Rushton c. Rushton* (1969) 2 D.L.R. (3d) 25; *Rowland c. Rowland* (1969) 2 O.R. 615; *Obiter dictum: Dame Williams c. Rousseau*, 1971 C.S. 794: «...si la non-cohabitation des conjoints avait été due uniquement à la maladie de l'intimé, le tribunal aurait eu une forte hésitation à dissoudre le lien matrimonial pour cette seule raison.»

⁶⁰ *Rowland c. Rowland*, (1969) 6 D.L.R. (3d) 292 (Ont. H.C.); *H. c. H.*, (1970) 9 D.L.R. (3d) 722 (N.S.S.C.).

⁶¹ *Herman c. Herman*, (1969) 3 D.L.R. (3d) 551 (N.S.S.C.); *Eamer c. Eamer*, (1972) 5 R.F.L. 205 (Man. Q.B.); *Norman c. Norman*, (1974) 12 R.F.L. 252 (N.S.S.C. Appellate Div.).

⁶² *Beaudry c. Chénier*, 1976 C.S. 1028, 1029; *Kallwies c. Kallwies*, (1971) 1 R.F.L. 241, 243 (Man. Q.B.).

⁶³ *Kennedy c. Kennedy*, (1969) 2 D.L.R. (3d) 405, à la p. 408 (B.C.S.C.); *Lachman c. Lachman*, (1971) 2 R.F.L. 207 (Ont. C. of A.); PAYNE, *Cases on Divorce* (1970 Suppl.) p. 62, (1976 Suppl.) p. 54.

⁶⁴ *Kobayashi c. Kobayashi*, (1972) 6 R.F.L. 358 (Man. Q.B.); *Brinnen c. Brinnen*, (1972) 7 R.F.L. 113 (B.C.S.C.).

que la reprise de la vie commune était devenue impossible⁶⁵. C'est dire que la certitude acquise par un des époux de l'impossibilité d'une reprise de vie commune⁶⁶ ou la perte de «tout espoir de reprise de relations normales et naturelles⁶⁷» équivaldraient à l'*animus separandi* requise pour obtenir un divorce ou la feraient présumer.

Selon une interprétation plus libérale, la vie séparée dont il est question à l'article 4 (1) (e) de la *Loi sur le divorce* est un fait matériel qui n'exigerait pas l'élément intentionnel pendant toute la durée de cette période⁶⁸. Cette opinion est clairement exprimée dans un jugement du Manitoba (*Kallwies c. Kallwies*, 1971, 1 R.F.L. 241):

There is no reason to give the words "living separate and apart" any meaning other than the literal one. By themselves they describe a physical state of affairs and not a state of mind. I see no reason to qualify them by requiring proof of intent as well as proof of the physical fact [j. Bartin à la p. 243].

L'article 4 de la *Loi sur le divorce*, si on en omet les membres de phrases étrangers à notre problème, se résume à ceci:

[Il y a cause de divorce] lorsque les conjoints vivent séparés l'un de l'autre [*are living separate and apart*] parce que leur mariage a subi une rupture définitive [à cause du fait qu'ils] ont vécu séparés l'un de l'autre... pendant les trois ans, au moins, précédant immédiatement la présentation de la requête.

On notera que chacune des circonstances énumérées à l'article 4 (1) comporte une certaine durée de la cause de rupture, durée allant de un à cinq ans. Je ne crois pas que l'intention de mettre fin au lien matrimonial soit requise pendant les deux ou trois ans qu'a duré l'emprisonnement du conjoint (paragraphe *a*), ou pendant les trois ans qu'a duré son alcoolisme ou sa toxicomanie (paragraphe *b*), ou pendant les trois années d'absence (paragraphe *c*), ou pendant les trois années au cours desquelles le conjoint a refusé ou a été incapable de consommer le mariage (paragraphe *d*). Reste à savoir si, au contraire, cette intention serait exigée dans le cas du dernier paragraphe (*e*) où les époux ont vécu physiquement séparés pendant trois ans. On peut penser que dans tous ces cas, y compris le dernier, le législateur entend accorder le divorce non à titre de sanction, mais surtout à titre de remède à une situation anormale qui a perduré et au cours de laquelle l'intention de mettre fin au lien matrimonial ne se forme que progressivement.

En faveur de l'interprétation restrictive, on a invoqué le cumul des mots «separate and apart» que la version française traduit par le seul mot «séparés».

⁶⁵ *Lachman c. Lachman*, (1971) 2 R.F.L. 207 (Ont. C. of A.); *Beaudry c. Chénier*, 1976 C.S. 1028.

⁶⁶ *Lachman c. Lachman*, (1971) 2 R.F.L. 207 (Ont. C. of A.); *Kallwies c. Kallwies*, (1971) 1 R.F.L. 241, 243 (Man. Q.B.).

⁶⁷ *Beaudry c. Chénier*, 1976 C.S. 1028.

⁶⁸ Jean PINEAU, *La famille*, Presses du l'U. de M., 1972, n. 374, p. 286; du même auteur, *Coup d'œil sur la loi nouvelle du divorce*, (1969) 10 C. de D. 61, à la p. 67; Edith DELEURY et Michèle RIVET, *Droit des personnes et de la famille*, Presses de l'U. Laval, 1973, p. 182. Contrat: *Power III Divorce*, 3^e éd. par C. DAVIES, 1976; M.C. KRONBY, *Divorce Practice Manual*, (1969) p. 10.

Si l'on s'en tenait aux définitions des dictionnaires, «*separate*» et «*apart*» apparaissent plutôt comme des synonymes et aucun de ces mots n'indique l'élément intentionnel qu'on veut sous-entendre⁶⁹. Seule une tradition juridique tenant à l'interprétation très restrictive d'anciennes législations sur le divorce permettrait de donner à ces deux mots une signification plus étendue et d'y voir la nécessité de l'intention de mettre fin au lien matrimonial. Pourtant, l'on a déclaré à maintes reprises, que notre *Loi sur le divorce*, est innovatrice, rompt avec le passé et doit recevoir une interprétation plus libérale:

The Divorce Act is new and novel remedial legislation.... it should be approached free of concepts of the old matrimonial law⁷⁰.

The Divorce Act was intended to make a significant change in the law, and since it is remedial legislation, it should be given such a fair, large and liberal interpretation⁷¹.

L'interprétation libérale de l'article 4 (1) (e) déjà cité ne fait cependant pas de la séparation physique des époux pendant trois ans une cause péremptoire de divorce. Car le tribunal a alors l'obligation de refuser le divorce lorsqu'il

...serait trop dur ou injuste pour l'un des conjoints ou serait préjudiciable à la conclusion des accords raisonnables qui sont nécessaires dans les circonstances en vue de l'entretien de l'un des conjoints [art. 9, par. 1, sous-par. f].

Tous les malades ne se sentent pas le courage ou la magnanimité de libérer leur conjoint attiré par la perspective d'un remariage et l'espoir d'une vie plus heureuse. À la séparation physique imposée par la maladie, ajouter un divorce imposé par le tribunal peut être cruel.

Lorsque l'intimé hospitalisé comparait sans toutefois contester la requête, faut-il présumer que le divorce ne lui paraît pas dur, injuste ou préjudiciable? On a déjà refusé le divorce en pareil cas parce que la preuve faite n'était «pas suffisante pour permettre au tribunal d'évaluer toutes les circonstances et de se rendre compte si le maintien de cette requête serait trop dur ou injuste pour l'intimé⁷²».

L'époux abandonné, plutôt que demander le divorce ou la séparation de corps, peut tenter d'affamer le déserteur impécunieux pour le forcer à rentrer au logis. Sa dette alimentaire est quérable au domicile conjugal, de sorte qu'il peut couper les vivres à celui qui refuse sans raison d'y retourner⁷³. En effet l'obligation du débiteur d'aliments ne doit pas être rendue plus onéreuse par la faute du créancier. Dans les circonstances exceptionnelles décrites à l'article 171 du Code civil, le débiteur peut exiger que son créancier alimentaire vienne habiter chez lui, alors qu'il n'y est pas tenu par la loi. À plus forte

⁶⁹ *Eamer c. Eamer*, (1972) 5 R.F.L. 205 (Man. Q.B.), à la p. 207.

⁷⁰ *Lackman c. Lackman*, (1971) 2 R.F.L. 207 (Ont. C. of A.), à la p. 211.

⁷¹ *Kallwies c. Kallwies*, (1971) 1 R.F.L., 241 (Man. Q.B.), à la p. 243.

⁷² *Piette c. Therrien*, 1976 C.S. 1634, 1635.

⁷³ *Perrault c. Therrien*, 1943 R.L. n.s. 385; *Dame Doyon c. Martin*, (1941) 79 C.S. 255, 257; *Gladston c. Slayton*, (1912) 21 B.R. 440.

raison, l'époux qui doit secours et assistance à ce conjoint peut obliger ce dernier à réintégrer le domicile qu'il n'avait pas le droit de quitter.

On ne peut refuser au déserteur que ce qu'il pourrait trouver au domicile conjugal. Le mari abandonné reste donc obligé d'acquitter les frais d'accouchement et ceux des soins que sa femme requiert et ne pourrait obtenir qu'en dehors de chez elle⁷⁴. De plus, il faut que le débiteur alimentaire soit prêt à reprendre la vie commune avec le créancier déserteur; si en effet l'époux abandonné et vindicatif refusait de reprendre son conjoint repentant, il ne pourrait pas se libérer de son obligation de lui payer une pension alimentaire⁷⁵.

Quand l'époux déserteur vit en concubinage, le conjoint abandonné peut avoir une raison de plus de lui refuser des aliments, car, en règle générale, le ménage de fait doit être indépendant autant qu'il est libre. À moins de circonstances exceptionnelles, on présume que les concubins sont capables de subvenir à leurs besoins sans avoir à compter sur leurs époux légitimes⁷⁶.

Quand c'est l'époux déserté qui a besoin d'une assistance pécuniaire, il peut réclamer une pension alimentaire pour lui et les enfants mineurs dont il a la garde⁷⁷.

À celui qui avait abandonné le domicile conjugal sans excuse légitime, on a refusé le droit d'emporter les meubles de ménage qu'utilisaient l'époux et les enfants abandonnés⁷⁸. Même s'il en est le propriétaire, le déserteur ne pourrait revendiquer ces meubles de ménage, car personne ne l'empêche de les utiliser au domicile conjugal où il devrait retourner⁷⁹.

Par ailleurs, l'époux abandonné a des pouvoirs accrus en certaines circonstances. Ainsi, le mari ne peut en principe vendre les meubles meublants affectés à l'usage du ménage sans obtenir le concours de sa femme (C.c. art. 1292 al. 2). Le refus ou même l'éloignement de la femme qui l'a abandonné lui permettrait de s'adresser à la Cour pour se faire dispenser de ce concours (C.c. art. 182). Bien plus, l'époux qui se présente seul pour faire un acte relatif à un bien meuble qu'il détient individuellement, est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte (C.c. art. 184). Cette présomption accroît également les pouvoirs du déserteur, car elle est établie en faveur des tiers.

La femme commune en biens abandonnée par son mari peut aussi de-

⁷⁴ *Lonergan c. Girard*, (1929) 67 C.S. 88.

⁷⁵ Comparer: Civ. 27 janv. 1874, D.P. 74.1.140.

⁷⁶ *Lajoie c. Dame Therrien*, 1971 C.A. 493. Le raisonnement qui a été fait à l'égard d'un conjoint divorcé vaut à plus forte raison à l'égard d'un conjoint simplement séparé de fait. Voir commentaire (1971) 6 R.J.T. 403. Voir aussi *Trudel c. Racine*, C.A. Québec, 14 février 1977, note POPOVICI, 1976-1977 R. du N. 553.

⁷⁷ *Dame Moffatt c. Huberdeau*, (1914) 20 R.L. n.s. 354; le mari ne rentrait au logis que pour coucher dans sa chambre réservée; on a jugé qu'il en résultait une situation équivalente à une séparation de fait, ce qui autorisait la femme à réclamer une pension alimentaire.

⁷⁸ *Landiuk c. Dame Kordyban*, 1945 C.S. 473.

⁷⁹ *Dame Denis c. Denis*, 1948 C.S. 243; *Dame Harbour c. Blouin*, 1950 C.S. 485.

mander la séparation de biens (C.c. art. 1441). Sous le régime de la communauté d'acquêts, un époux pourrait également obtenir la séparation de biens judiciaire en établissant que ce régime est devenu contraire à l'intérêt du ménage depuis la séparation de fait (C.c. art. 1440).

La désertion du domicile conjugal et le refus injustifié de cohabiter avec le conjoint peuvent-ils être sanctionnés par une action de dommages-intérêts? Certains estiment que l'obligation de cohabitation ne peut déceintement se convertir *de plano* en dommages-intérêts⁸⁰. En principe rien ne s'oppose à ce que le conjoint déserté réclame une indemnité pour le préjudice moral et le préjudice matériel subi. On indique généralement l'article 1053 du Code civil (ou l'article 1382 du Code civil français) comme fondement de ce recours⁸¹. Il me semble que l'article 1065 du Code civil peut tout aussi bien s'appliquer, car il sanctionne l'inexécution de toutes les obligations quelle que soit leur source⁸². On accueille plus facilement un recours en dommages-intérêts dirigé contre le complice de l'époux déserteur⁸³. Ainsi, l'adultère de la femme survenu pendant une séparation de fait conventionnelle pourrait donner lieu à un recours en dommages-intérêts contre le complice dont les agissements antérieurs avec la femme avait amené la séparation⁸⁴.

En France, on a recours à l'astreinte; on condamne l'époux déserteur à payer une somme d'argent déterminée pour chaque jour de retard à réintégrer le domicile conjugal⁸⁵. Ce recours n'existe pas chez nous.

On a déjà sanctionné la désertion de la femme par la perte de ses avantages matrimoniaux⁸⁶. On l'a même privée de toute participation dans la communauté à compter du jour de la séparation de fait, vu que le mari avait seul contribué pendant tout ce temps à enrichir cette communauté⁸⁷. J'ai peine à croire que cette sanction serait encore appliquée. Cependant, il reste que l'ingratitude du donataire est une cause de révocation des donations (C. c. art. 811); l'abandon du donateur peut constituer une injure grave ou une manifestation d'ingratitude (C.c. art. 813 par. 2) et servir de fondement à la révocation des donations, y compris celles qui ont été faites par contrat de mariage.

L'époux déserté peut-il recourir à la contrainte morale en privant le déserteur de tout contact avec ses enfants pour le motif qu'il ne s'acquitte pas de sa dette alimentaire ou refuse de rentrer définitivement au foyer? Ici le droit des enfants entre en jeu. À moins que l'interruption de toute relation

⁸⁰ G. TRUDEL, *op. cit.* t. 1 p. 500.

⁸¹ *Dame Ellis c. Noël*, 1953 C.S. 280, 282; P. AZARD et A.-F. BISSON, *op. cit.* t. 1, n. 83 p. 125; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* t. 2 n. 368 p. 292.

⁸² L. Faribault, t. 7-bis du *Traité de dr. civ. du Québec*, n. 337, p. 232.

⁸³ Sur l'action en dommages-intérêts pour aliénation d'affection, voir A. POPOVICI, *De l'aliénation d'affection* (1967-69) *Rev. de dr. comparé* 105, (1970) 48 *Can. Bar Rev.* 235; A. NADEAU, t. 8 du *Traité de dr. civ. du Québec*, n. 193 et s., pages 177 et s.

⁸⁴ Comparer: *Warman c. Warman et al.* (1975) 54 D.L.R. (3d) 298 (B.C.S.C.).

⁸⁵ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique du dr. civ. fr.*, t. 2 par ROUAST, (2e éd.) n. 371, p. 294.

⁸⁶ *Sansfaçon c. Poulin*, (1887) 13 Q.L.R. 53; *Fisher c. Dame Webster*, (1894) 6 C.S. 25.

⁸⁷ *Desbarats c. Lateralrière*, (1846) 1 R. de L. 417, à la p. 468 (C. d'A.); Req. 22 oct. 1945, S. 1947.1.53.

avec le parent déserteur soit exigée dans l'intérêt des enfants, ce qui ne peut avoir lieu que dans des circonstances exceptionnelles⁸⁸, il faut permettre à ce parent de les voir et d'apporter une contribution personnelle à leur éducation⁸⁹. Les limitations du droit de garde ou du droit de visite, demeurent cependant, dans la mesure où l'intérêt des enfants l'exige, une certaine contrainte morale à laquelle l'époux déserteur est plus exposé que l'époux abandonné.

b) *Les droits du conjoint seul responsable de la séparation.*

L'exposé des droits du conjoint abandonné nous a déjà indiqué dans quelle mesure ceux du conjoint seul responsable de la séparation de fait sont limités.

Rappelons que l'époux abandonné peut refuser au déserteur les aliments dans la mesure où ils lui sont offerts au foyer conjugal qu'il refuse sans motif légitime de réintégrer. L'époux déserteur éprouvera de la difficulté à obtenir la garde des enfants qui ont généralement avantage à demeurer au domicile conjugal avec l'époux abandonné; mais ses droits de rendre visite à ses enfants et de participer à leur éducation sont maintenus dans la mesure où leur intérêt le permet. Le droit de l'époux de revendiquer ses meubles restés au domicile qu'il a abandonné est aussi mis en échec quand l'époux et ses enfants en ont également besoin. Nous avons vu qu'il conserve le droit de se plaindre de l'adultère du conjoint qu'il a abandonné.

Le déserteur a sans doute le droit de se repentir et de rentrer au domicile qu'il avait abandonné, à moins que son conjoint ne demande le divorce ou la séparation de corps.

Malgré ses torts, celui qui a abandonné son époux acquiert, par la durée de la séparation de fait dont il est responsable, le droit de demander le divorce. Il faut bien l'avouer, c'est un droit qu'il acquiert par sa faute. Le législateur ne s'en tient plus à la notion du divorce-sanction; il adopte celle du divorce-remède, même si le remède est rendu nécessaire par un époux coupable qui l'impose à son époux innocent.

Pour avoir droit au divorce, celui qui a abandonné son conjoint doit attendre que la séparation ait duré au moins cinq ans⁹⁰. Il semble possible que ce délai soit abrégé quand l'époux abandonné demande et obtient une séparation contre l'époux déserteur. La séparation de corps faisant obstacle au retour du déserteur, la cause directe et immédiate de la séparation est désormais le jugement de séparation et non plus l'abandon. Le tribunal saisi d'une demande en divorce doit simplement constater que les époux ont vécu séparés l'un de l'autre pour la raison qu'ils sont judiciairement séparés de

⁸⁸ *Genziuk c. Dame Jablonowski*, 1973 C.A. 998.

⁸⁹ *Descôteaux c. Dame Descôteaux*, 1972 C.A. 279; 1973 *Rev. trim. dr. civ.* 187. Inversement en matière de divorce la Cour peut soumettre le droit à une pension alimentaire à la condition que la créancière ne fasse pas échec au droit du débiteur de visiter les enfants: *Kett c. Kett*, (1977) 70 D.L.R. (3d) 379 (Ont. H.C.).

⁹⁰ *Loi sur le divorce*, art. 4 (1) (e) (ii).

corps ou en instance de séparation depuis au moins trois ans. Il doit ignorer les motifs pour lesquels la séparation de corps a été accordée⁹¹, vu qu'une cause nouvelle de séparation s'est substituée à l'ancienne. Il y aurait une sorte d'interversion de la cause de séparation; la séparation de fait par abandon était la *causa antiqua*, mais le jugement de séparation de corps est devenu la *causa nova*. Le même changement de cause se produirait à l'égard de l'époux déserteur qui voudrait retourner au domicile conjugal et qui s'en verrait refuser l'accès par l'époux abandonné et vindicatif⁹². Il a droit au divorce trois ans après ce refus persistant, même s'il n'y a pas encore cinq ans qu'il a lui-même abandonné son conjoint.

Chacune des causes de divorce reconnues par la loi justifie à elle seule la dissolution du mariage. Celui qui peut invoquer l'une d'elles n'est pas empêché de le faire parce qu'il a abandonné son conjoint depuis moins de cinq ans. Le déserteur depuis moins de cinq ans peut donc obtenir le divorce pour le motif que son conjoint a commis l'adultère ou pour le motif qu'il a vécu séparément pendant trois ans en vertu d'un jugement ou d'une convention de séparation.

À plus forte raison, le mari qui n'a pas abandonné son épouse, mais contre qui celle-ci a obtenu une séparation de corps, peut demander le divorce après trois ans de cette séparation même s'il en est le seul responsable⁹³.

B. LES EFFETS À L'ÉGARD DES TIERS.

Les époux ne sont pas les seuls à qui la séparation de fait pose des problèmes; elle en soulève également pour les tiers en matière de responsabilité civile (responsabilité des parents pour le dommage causé par leur enfant mineur et responsabilité en cas d'accident mortel) de même que dans l'application des règles du mandat légal de la femme mariée.

1. La responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle.

a) La présomption de faute de l'article 1054, al. 2 du Code civil.

La séparation de fait peut avoir une incidence sur l'application de l'article 1054, al. 2, du Code civil en vertu duquel

Le père, et après son décès, la mère sont responsables du dommage causé par leur enfant mineur.

Quand la garde des enfants est laissée au père séparé de fait, il est clair que la présomption relative de faute établie par l'article 1054, al. 2 et 6, ne peut être imposée qu'au père. Mais quand la mère séparée de fait est chargée de la

⁹¹ *Desmeules c. Dame Bolduc*, 1972 C.S. 151, 152.

⁹² Voir *supra* II. A. 2.

⁹³ *Baril c. Trudeau*, Cour d'appel, Québec dossier n. 09-000042-75, arrêt du 17 déc. 1976. Voir aussi *Cherbaka c. Barazin*, Cour d'appel, Montréal dossier n. 09-000453-753, arrêt du 3 mars 1977: divorce obtenu pendant l'instance en séparation de corps.

garde des enfants, deux questions se posent: 1. la présomption de fait peut-elle être invoquée contre la mère? 2. La même présomption de faute peut-elle être encore invoquée contre le père?

Interprétée à la lettre, la présomption de l'article 1054 est inopposable à la mère de l'enfant aussi longtemps que le père vit. Cette interprétation cadrerait assez bien avec les autres articles du Code civil à une époque où l'autorité de la mère sur ses enfants était entièrement subordonnée à celle du père. Depuis un certain nombre d'années, on tend à accorder aux époux des droits égaux. Ainsi, depuis 1964, l'article 174, al. 1^{er}, du Code civil annonce la substitution de l'autorité parentale (des père et mère) à la notion archaïque de la puissance paternelle:

La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement.

Cet effort législatif pour établir la collégialité des parents est resté inachevé. L'article 243 du Code civil conserve sa règle patriarcale:

... c'est le père seul qui exerce cette autorité durant le mariage⁹⁴...

L'article 245 rappelle encore que la mère n'a un droit de correction sur son enfant mineur qu'à défaut du père⁹⁵.

Cette inconsistance des textes ne facilite pas la solution de notre problème. La doctrine et la jurisprudence françaises se sont affranchies de l'interprétation littérale de l'article 1384, al. 4, du Code civil français (correspondant à notre article 1054, al. 2), pour conclure que le législateur voulait avant tout lier la présomption de faute à celui qui exerce l'autorité paternelle⁹⁶. Lorsque la femme exerce seule cette autorité, c'est contre elle qu'il faudrait invoquer la présomption de faute. De là l'importance du deuxième alinéa de l'article 174 C.c. (art. 373 C. civ. fr.):

La femme exerce seule ces fonctions lorsque le mari est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause.

Par conséquent, à la suite d'une séparation de corps, la présomption de l'article 1054 incomberait à celui des époux à qui la garde de l'enfant a été confiée. Cette solution s'impose en droit français où la présomption de responsabilité des parents est liée à la cohabitation avec leur enfant.

⁹⁴ Pour une conséquence pratique de la subsistance de cette règle voir *Cheyne c. Cheyne*, Cour d'appel, Montréal, n. 09-000465-765, arrêt du 11 mai 1977.

⁹⁵ Cette subordination de l'autorité de la mère est rappelée dans *Castle c. Farkas*, 1971 C.S. 596: le père est responsable pour les blessures que son enfant mineur a causées en utilisant une pièce pyrotechnique, mais la mère est exonérée vu qu'elle ne pouvait pas défendre ce que son mari autorisait.

⁹⁶ H. et L. MAZEAUD et TUNC, *Traité de la resp. civ.*, t. 1 (6^e éd. 1965) n. 738 p. 861. Depuis la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, les père et mère sont solidairement responsables des dommages causés par leur enfant mineur.

Cependant, comme elle est très réfractaire à la séparation de fait conventionnelle, la jurisprudence française décide qu'on ne doit pas tenir compte de cette situation extra-légale et que le père demeure responsable de la faute de l'enfant mineur confié à la garde de la mère⁹⁷. La cessation de la cohabitation serait sans effet lorsqu'elle n'est pas fondée sur un motif légitime⁹⁸.

C'est évidemment un problème propice aux divergences de vues. À priori, je serais porté à interpréter strictement notre article 1054, puisque la présomption de faute est une règle exceptionnelle qu'il ne convient pas d'étendre aux cas non clairement visés. Le père serait toujours présumé en faute et cette présomption ne jouerait contre la mère qu'au décès de son mari. Cependant, rien n'empêche de repousser cette présomption simple en prouvant que le père ne pouvait pas dans les circonstances empêcher le fait dommageable. Il le prouvera en établissant que l'enfant a été confié à la mère, vu la séparation de fait, et que la mère était une personne en état de surveiller et de bien éduquer l'enfant mineur. La non-cohabitation est donc un facteur exonératoire important⁹⁹. Par ailleurs, la mère séparée de fait pourra être tenue responsable de la faute de son enfant mineur si l'on prouve qu'elle ne s'est pas acquittée convenablement de son devoir de surveillance et d'éducation. Mais l'action serait alors fondée sur l'article 1053 C.c. Par conséquent, je ne partage pas l'avis de ceux qui écrivent: «... il ne paraît pas possible de faire passer la responsabilité sur la tête de la mère; la séparation de fait conventionnelle est une situation extra-légale dont il ne peut être tenu compte¹⁰⁰». Pour savoir si une personne a commis une faute, il me semble qu'il faut tenir compte de toutes les circonstances, même de celles qui découlent de l'inexécution de l'obligation de faire vie commune. Le fait de la séparation peut être une circonstance aggravante ou atténuante dans l'accomplissement du devoir de surveillance et d'éducation d'un enfant mineur. La séparation de fait rend l'accomplissement de ce devoir plus difficile et les époux qui mettent fin à la vie commune par consentement mutuel doivent en être conscients et prendre des mesures pour minimiser les risques que l'inexécution de leur obligation de cohabiter fait courir aux tiers. Le mari déserteur devrait avoir plus de difficultés à repousser la présomption de l'article 1054, surtout s'il quitte sa femme et ses enfants dans des conditions défavorables. Au contraire, le mari abandonné soudainement par sa femme peut trouver dans la séparation de fait l'explication d'un manque de surveillance qu'il ne pouvait empêcher même en employant tous les moyens raisonnables à sa disposition.

En résumé, la séparation ne fait pas disparaître la présomption de faute de l'article 1054, al. 2, du Code civil, mais elle peut être favorable ou défavorable à celui qui veut repousser cette présomption. Elle est aussi un facteur favorable ou non, selon les circonstances, à celui qui veut prouver la faute d'éducation ou de surveillance sous le régime de l'article 1053 C.c.

⁹⁷ H. et L. MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, t. 1 n. 739 p. 862.

⁹⁸ Paris, 26 nov. 1960, D. 1961.227.

⁹⁹ J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, n. 264 p. 186.

¹⁰⁰ H. et L. MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, t. 1, p. 862.

b) *Le recours en cas d'accident mortel (art. 1056 C.c.).*

La séparation de fait a-t-elle une incidence sur l'application de l'article 1056 du Code civil? Le principe énoncé à cet article n'est pas affecté par la séparation de fait, pas plus qu'il ne l'est par la séparation de corps. Par conséquent, un époux séparé de fait peut demander réparation du préjudice moral et du préjudice pécuniaire résultant du décès de son conjoint attribuable à la faute d'un tiers¹⁰¹. Cependant, l'évaluation de ce préjudice doit tenir compte de la séparation de fait et de la possibilité d'un rapprochement qui pouvait subsister¹⁰².

2. *Le mandat légal de la femme mariée.*

Le cadre normal de l'exercice du mandat légal de la femme mariée est le domicile conjugal. Tant que ce mandat domestique est resté une création jurisprudentielle fondée sur un mandat tacite, il était naturel de considérer qu'il disparaissait avec la séparation de fait conventionnelle¹⁰³. L'article 180 C.c. a transformé ce mandat tacite en un pouvoir que la loi donne à la femme mariée:

La femme mariée a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants y compris les soins médicaux et chirurgicaux...

Les actes ainsi accomplis par la femme obligent le mari envers les tiers, à moins qu'il n'ait retiré à la femme le pouvoir de faire les actes dont il s'agit, et que les tiers n'aient eu connaissance de ce retrait au moment où ils ont traité avec elle.

Ce pouvoir légal ne disparaît pas automatiquement en cas de séparation de fait¹⁰⁴. L'obligation alimentaire entre époux survit et la femme a le pouvoir d'engager son mari quand elle acquiert des choses nécessaires à sa subsistance et à celle des enfants dont elle a la garde.

Le mari peut enlever à sa femme ce pouvoir qu'elle a de l'engager; mais le retrait de pouvoir ne vaut à l'égard des tiers qu'à partir du moment où ils en ont connaissance. Peut-il y avoir un retrait implicite ou présumé¹⁰⁵? Si les tiers savent que les époux sont séparés et que le mari paye à sa femme une pension alimentaire, ne faudrait-il pas présumer que le mari entend acquitter au moyen de cette pension alimentaire son obligation de fournir à sa femme ce

¹⁰¹ R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. 2 (2e éd. 1951) n. 534 p. 98; H. et L. MAZEAUD et TUNC, *op. cit.* t. 1 n. 277-3, pp. 366 et 367.

¹⁰² J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, (Montréal 1973) n. 675, p. 430; H. et L. MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, t. 1 n. 325-2 p. 420; *Constantineau c. Berger*, 1975 C.S. 211 à la p. 214.

¹⁰³ *Dominion Furniture Co. Ltd. c. Rill*, 1952 C.S. 395; *Sheridan c. Hunter*, (1894) 6 C.S. 258; MIGNAULT, *op. cit.*, t. 6 p. 180. Dans une thèse non publiée, monsieur le professeur François Héleine (Université de Montréal) a étudié de façon exhaustive l'effet de la séparation sur le mandat tacite et sur les pouvoirs ménagers de la femme mariée (pages 162 à 186).

¹⁰⁴ *Dupuis Frères Limitée c. Gauthier*, 1970 R.L. 178. Même avant l'adoption du nouvel article 180 du C. c. en 1964, on a décidé que le mandat domestique subsistait après la séparation de fait: *D'Anna c. Corbeil*, 1944 C.S. 400.

¹⁰⁵ Dans *Gratton c. Herman*, (1931) 69 C.S. 481, on semble exiger que le retrait du mandat domestique soit exprès.

dont elle a besoin pour vivre¹⁰⁶? On note que dans certaines décisions, le paiement d'une pension à l'épouse séparée de fait est un des éléments invoqués pour refuser le recours du tiers contre le mari¹⁰⁷. En pareille circonstance, le tribunal aura tendance à trouver excessives, donc non autorisées par l'article 180 C.c., les dépenses de la femme que les tiers veulent se faire rembourser¹⁰⁸.

L'application de l'article 180 C.c. peut varier selon les circonstances de la séparation de fait. Ainsi, lorsque c'est la femme qui a déserté le toit familial, le mandat légal qui lui est reconnu par l'article 180 du Code civil n'a plus sa raison d'être, tant qu'elle reste volontairement en dehors du ménage et loin de ses enfants. Ayant quitté le domicile conjugal et le «ministère de l'intérieur» qu'elle y détenait, elle ne peut emporter avec elle des pouvoirs que seule sa fonction justifiait. *Cessante ratione legis, cessat ipsa lex*. Tout au plus, son pouvoir légal ne devrait subsister qu'à l'égard des choses nécessaires à sa propre subsistance et dans la mesure où, ne pouvant se les procurer elle-même, son mari reste obligé de les lui fournir. On se rend compte que les pouvoirs ménagers, quand ils sont limités aux choses nécessaires à la vie, sont considérablement réduits.

Même quand la séparation de fait résulte de la désertion de la femme, il y a lieu de protéger les tiers qui croient avoir affaire à une femme faisant vie commune avec son mari. La protection des tiers qui croient contracter avec une femme nantie des pouvoirs ménagers exige que le mari reste lié au mandat domestique, apparent ou présumé, tout comme un mandant reste tenu envers les tiers lorsqu'il leur a donné des raisons sérieuses de croire à l'existence d'un mandat (C.c. art. 1730) ou lorsque les tiers ignorent la cessation du mandat (C.c. art. 1728 et 180).

Lorsque c'est le mari qui a abandonné sa femme, celle-ci restant au foyer continue de le représenter pour les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants. La faute du mari n'enlève pas à la femme le pouvoir que la loi lui accorde et que la jurisprudence continue d'appeler «mandat domestique». Le retrait de pouvoir exercé abusivement par le mari en pareille circonstance pourrait-il être mis de côté en vertu de la théorie générale de l'abus de droit¹⁰⁹? L'exercice inconsidéré ou malicieux du droit de retrait par le mari ne constituerait-il pas une injure grave autorisant la femme à demander la séparation de corps et exiger une pension alimentaire adéquate?

*

* * *

¹⁰⁶ Monique OUELLETTE-LAUZON, *Le mandat domestique ou le pouvoir des clefs*, (1972-73) 75 R. du N. 91, 154, 172.

¹⁰⁷ *Morgan c. Vibert*, (1906) 15 B.R. 407; *Dominion Furniture Co. Ltd. c. Rill*, 1952 C.S. 395.

¹⁰⁸ *Woodhouse Co. c. Blouin*, 1966 C.S. 456; *Dame Baron c. Court*, (1939) 77 C.S. 428; *The T. Eaton Co. c. Dame Egglefield*, 1969 C.S. 15 (recours accueilli en partie).

¹⁰⁹ Monique OUELLETTE-LAUZON, *Le mandat domestique ou le pouvoir des clefs*, (1972-73) 75 R. du N. 91, 102; Michel LASSONDE, *Du mandat tacite au mandat légal de l'article 180 C.c.*, (1965) 15 *Thémis* 56, 66.

La séparation de fait est un phénomène répandu qui n'est pas près d'être enrayé, car elle est un remède pratique et populaire que beaucoup préfèrent à la séparation de corps ou à la chirurgie du divorce. Elle a déjà accédé à la vie juridique avant même d'avoir été réglementée par le législateur¹¹⁰ et la jurisprudence abandonne graduellement la sévérité dont elle faisait preuve à son égard¹¹¹. Il n'est pas impossible que le législateur décide d'organiser la situation juridique des époux séparés de fait, ne serait-ce que pour offrir un minimum de protection aux membres les plus défavorisés d'une famille désunie¹¹². Pour qu'elle demeure accessible à tous, même à ceux qui tiennent à éviter les affrontements judiciaires, soit à cause de leur coût, soit à cause de l'étalage des difficultés domestiques qu'ils exigent, il faudra retenir le caractère non formaliste des accords de séparation et ne pas soumettre inutilement leur validité à l'approbation des tribunaux.

¹¹⁰ On ne peut en effet qualifier de réglementation la mention d'un accord de séparation de fait (*separation agreement*) à l'article 2 de la *Loi sur le divorce*.

¹¹¹ Par ex. *Dame Maxwell c. McNamara*, 1946 C.S. 191.

¹¹² Le rapport sur la famille (rapport XXVI, 1974) publié par l'Office de révision du Code civil contient une section sur les accords à l'occasion d'une séparation de fait (art. 74 à 76).